



HAL
open science

La variabilité du droit du travail

Nadège Claude

► **To cite this version:**

Nadège Claude. La variabilité du droit du travail. Droit. Université d'Angers, 2010. Français. NNT : . tel-00579595

HAL Id: tel-00579595

<https://theses.hal.science/tel-00579595>

Submitted on 24 Mar 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA VARIABILITÉ DU DROIT DU TRAVAIL

Thèse pour le doctorat en Droit privé

École doctorale Pierre COUVRAT

Présentée et soutenue publiquement

Le 7 décembre 2010

À l'Université d'Angers

Par **Nadège CLAUDE**

Devant le jury ci-dessous :

HONTEBEYRIE Antoine, Professeur à l'Université d'Angers

RADÉ Christophe, Professeur à l'Université de Bordeaux IV

TEYSSIÉ Bernard, Professeur à l'Université de Paris II, **Rapporteur**

VERKINDT Pierre-Yves, Professeur à l'Université de Paris I, **Rapporteur**

Directeur de thèse : **GAURIAU Bernard**, Professeur à l'Université d'Angers

L'Université d'Angers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises par les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Que Monsieur le Professeur Bernard GAURIAU trouve ici l'expression de ma reconnaissance pour la confiance, l'attention et les précieux conseils qu'il m'a prodigués au cours de mes années de recherche.

Que soient également remerciés Messieurs les Professeurs Antoine HONTEBEYRIE, Christophe RADÉ, Bernard TEYSSIÉ et Pierre-Yves VERKINDT pour avoir accepté de partager, critiquer et débattre de la variabilité du droit du travail.

À tous ceux sans qui cette aventure littéraire n'aurait pas eu la même saveur...

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil
Cah. dr. ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h	Conseil de prud'hommes
CSBP	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
D.	Dalloz
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP G	Juris-classeur Périodique, édition générale
JCP E	Juris-classeur Périodique, édition entreprise
JCP S	Juris-classeur Périodique, édition sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LPA	Les petites affiches
LS	Liaisons sociales
Obs.	Observation
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
RJS	Revue de jurisprudence sociale

RPDS	Revue pratique de droit social
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
Somm.	Sommaire
SSL	Semaine sociale Lamy
TPS	Travail et protection sociale

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LA VARIABILITÉ DES MODES D'ÉLABORATION DU DROIT DU TRAVAIL

TITRE 1. LA VARIABILITÉ DU DROIT IMPOSÉ

- CHAPITRE 1. UNE LOI RÉGLEMENTARISÉE OU UN RÈGLEMENT LÉGISFÉRANT ?
- CHAPITRE 2. UNE LOI INTERPRÉTÉE OU UNE INTERPRÉTATION LÉGISFÉRANTE ?

TITRE 2. LA VARIABILITÉ DU DROIT NÉGOCIÉ

- CHAPITRE 1. LA LOI ET LA NÉGOCIATION COLLECTIVE
- CHAPITRE 2. LA LOI ET LA NÉGOCIATION INDIVIDUELLE

SECONDE PARTIE

LA VARIABILITÉ DES MODES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

TITRE 1. UNE ARTICULATION HIÉRARCHIQUE

- CHAPITRE 1. LA VARIABILITÉ DE L'EFFET IMPÉRATIF
- CHAPITRE 2. LA VARIABILITÉ DE L'EFFET SUPPLÉTIF

TITRE 2. UNE ARTICULATION GLOCALE

- CHAPITRE 1. UN PROCESSUS DE FINANCIARISATION
- CHAPITRE 2. UN PROCESSUS DE RESPONSABILISATION

INTRODUCTION

« Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme »¹. La citation est connue pour évoquer toute idée de variabilité. La formule « tout varie » aurait d'ailleurs tout aussi bien pu être la dernière proposition grammaticale de cette phrase, attribuée à tort au chimiste Antoine Laurent Lavoisier (1743-1794) pour exposer sa théorie de la conservation de la matière². Elle trouve en réalité son origine dans l'Antiquité sous la plume du philosophe grec Anaxagore de Clazomènes (500-428 avant J.-C.) premier philosophe à s'installer à Athènes. Reste qu'à compter de cette formule, l'idée de variabilité a alimenté nombre de sciences.

L'impression est d'abord à l'éclatement. À en croire les listes des dictionnaires généraux, la variabilité se caractérise davantage par ces multiples déclinaisons que par une quelconque unité. Comme si le mot était dénué de toute unité, son sens varie, si l'on ose dire, selon les domaines. Sa définition se fait le plus souvent par l'énumération des matières qu'elle embrasse ; et c'est alors l'impression de polysémie qui prédomine.

La variabilité dans les sciences. En météorologie par exemple, la variable désigne sur un baromètre les limites de pressions qui correspondent en un lieu à une forte probabilité de changement rapide dans l'état de l'atmosphère. C'est la variabilité du temps qui change de direction ou d'intensité³. En biologie, c'est « l'aptitude d'un être vivant ou d'un ensemble d'êtres vivants à subir des modifications dans sa forme ou dans ses fonctions, sous l'influence de facteurs internes et externes », la « grandeur qui mesure l'ampleur des variations d'un caractère »⁴. Il s'agit de la variabilité des espèces dans le sens où l'entendait le naturaliste anglais Charles Darwin.

Celui-ci, violemment combattu en son temps et encore aujourd'hui par les milieux conservateurs et religieux, a expliqué que l'action directe ou indirecte de variations, même

¹ La véritable formule d'Antoine Laurent Lavoisier est la suivante : « Rien ne se crée, ni dans les opérations de l'Art, ni dans celles de la Nature, et l'on peut en principe poser que dans toute opération, il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération, que la qualité et la quantité des principes est la même, et qu'il n'y a que des changements, des modifications » (Cf. VOILQUIN J., *Les penseurs grecs avant Socrate, De Thalès de Milet à Prodicos*, Flammarion, 1964, fragment 17).

² LAVOISIER A. L., *Traité élémentaire de chimie*, Cuchet éd., 1789,

³ *Dictionnaire de la langue française*, Emile Littré, Tome 6, 1994.

⁴ FAIVRE E., *La variabilité des espèces et ses limites*, Germer Baillière éd., 1868.

brusques et spontanées, du milieu de chaque espèce joue sur la sélection naturelle, c'est-à-dire sur l'idée de « persistance du plus apte à la conservation des différences et variations individuelles favorables et à l'élimination des variations nuisibles »¹. À la fois géologue, biologiste et psychologue, Charles Darwin fut un des principaux théoriciens du transformisme² : « Bien que l'homme ne cause pas la variabilité et ne puisse même l'empêcher, il peut, en triant, conservant et accumulant comme il lui semble bon les variations que lui offre la nature, produire un grand résultat. Il peut exercer la sélection méthodiquement et intentionnellement ; elle peut aussi agir à son insu [...] »³.

D'après la perception contemporaine de cette doctrine, le monde organisé actuel nous offre partout les effets accumulés de petites forces agissant lentement, modifiant sans cesse la matière organique et plastique dans les moules qu'elle remplit, dans les formes qu'elle revêt. Ces effets sont accumulés par un nombre considérable d'individus, par des séries continues de générations à travers les siècles. Et devant nous se dresse la tâche de poursuivre lesdits effets de forces variées dans leurs moindres manifestations. *De facto*, la théorie darwinienne a alors nourri d'autres sciences tel que l'algèbre⁴, l'astrophysique⁵, la grammaire⁶, les statistiques⁷ ou l'économie⁸, etc.

Définition générale de la variabilité. En dépit de la polysémie du terme, les dictionnaires de la langue française⁹ s'accordent à retenir la définition générale suivante : la variabilité est la « disposition habituelle¹⁰ à varier ». Elle est l'état, le caractère, la nature de

¹ DARWIN Ch., *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la préservation des races favorisées dans la lutte pour la vie*, 1859, rééd. Flammarion, coll. « GF », 2008.

² Les auteurs s'accordent à dire que Charles Darwin est davantage le catalyseur d'une révolution scientifique que l'initiateur de l'idée d'évolution, dont la paternité est attribuée au zoologiste français Lamarck. Ce sont les recherches de ce dernier qui permettent d'envisager l'évolution des espèces, conçue comme changement progressif à partir des formes les plus simples du vivant (LAMARCK J.-B., *Philosophie zoologique*, 1809, rééd. A. Pichot, coll. « GF », 1994).

³ DARWIN Ch., *op. cit.*

⁴ Elle est une « indétermination, [un] passage possible d'une quantité par différents états de grandeur » (*Dictionnaire de la langue française*, Emile Littré, Tome 6, 1994).

⁵ « La variabilité apparaît à un moment donné dans le processus évolutif des étoiles » (*Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue française du XIXe et du XXe siècle*, Centre national de la recherche scientifique, Institut National de la Langue Française de Nancy, Tome 16, Gallimard, 1994).

⁶ Elle est la « propriété que certains mots ont de changer de désinence (suivant leur mode d'emploi) », c'est-à-dire leur terminaison (*Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, Pierre Larousse, Éd. C. Lacour, 1991, Tome 24).

⁷ Elle est l'« éparpillement des valeurs d'une distribution de fréquence, mesurée souvent par l'écart-type », (*Trésor de la langue française, dictionnaire de la langue française du XIXe et du XXe siècle*, *op. cit.*).

⁸ L'économie définit la variabilité comme la « grandeur susceptible de prendre différentes valeurs soit continues (sans intervalles) soit discrètes ou discontinues (avec des intervalles entre les valeurs) » (SILEM A. et ALBERTINI J.-M., *Lexique d'économie*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2002, V^o « Variabilité »).

⁹ Cf. *Trésor de la langue française, Dictionnaire de la langue française du XIXe et XXe siècles*, *op. cit.* ; *Dictionnaire de la langue française*, Emile Littré, *op. cit.* ; *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, *op. cit.*

¹⁰ Cette notion d'« habitude » est exclusivement mentionnée dans le Dictionnaire de la langue française d'Emile Littré qui précise d'ailleurs que le terme de « variabilité » n'est défini dans le Dictionnaire de l'Académie qu'à partir de l'édition de 1835, alors même qu'il est couramment utilisé dès le XIVe siècle.

ce qui est variable, synonyme de fluctuant, incertain ou instable, c'est-à-dire susceptible de se modifier, de changer souvent au cours d'une durée, de se transformer. Elle s'applique à une propriété dont les valeurs indiquent si un élément donné peut être modifié après avoir été initialisé.

En conséquence, elle répond de la variété, de la qualité d'un ensemble dont les éléments sont différents, mais elle dépasse le constat de la diversité pour en mesurer le sens. La variété, comme la variation, correspondent à un état de ce qui éprouve des changements successifs ou alternatifs. Ces termes ne sont que des indicateurs d'une capacité à varier, d'une capacité à faire varier. L'objet d'une étude relative à la variabilité consiste alors à paragonner la variété et la variation pour en déterminer l'orientation, la direction. Ce n'est pas le mouvement constaté en fait, mais l'aptitude à se mouvoir qui est analysée par une telle recherche.

Dans le même sens, la variabilité ne s'entend pas de l'élasticité. Cette dernière consistant à mesurer la sensibilité d'une variable par rapport à la variation d'une autre, elle conduit juste à calibrer l'intensité sans forcément donner d'explication à l'influence mesurée. La variabilité se conçoit plus largement : une rupture d'équilibre est constatée à l'intérieur d'une structure, à partir de laquelle une explication peut être donnée à la transformation. Elle se manifeste *a priori* dès la manifestation d'un aléa ou d'une liberté qui vont engendrer une insécurité, voire une instabilité.

On oppose en effet la variabilité à la constance, à l'immutabilité, à la stabilité. Or, paradoxalement, ces antonymes sont souvent l'objet d'une lutte contre le temps. Leur propriété est de résister aux contraintes extérieures. Par exemple, la stabilité est « synonyme de durée, de permanence et de pérennité », puisqu'elle « exprime la solidité d'un lien, indifférent à la survenance d'événements qui menacent son existence »¹. Autrement dit, elle semble être le résultat à long terme d'une démarche sujette à la survenance d'événements, mais dont elle est indifférente. On ose alors se poser la question de savoir si lesdits événements par nature variables ne rendent pas la stabilité relative. Sans évolution, cette dernière est *a priori* inconcevable. C'est pourquoi, il est permis de penser que finalement l'instabilité, que l'on associe à la variabilité, n'est pas une conséquence de celle-ci. Les variables dessinent en réalité une courbe sinusoïdale schématisant le sens de la variabilité, à partir de laquelle il est possible d'isoler un intervalle d'équilibre. Cet intervalle suscite un sentiment de confiance quant au résultat à atteindre, une perception de stabilité. Cette idée est

¹ MARTINON A., *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, n° 1.

confortée par la définition de l'invariance selon laquelle une propriété reste inchangée à la suite d'une opération indépendamment d'autres coordonnées ¹. Dès lors, la variabilité est dans la nature des choses.

La variabilité dans la nature de l'Homme. Celui-ci compose la société, qui va sécréter naturellement des règles de droit qui lui conviennent le mieux. C'est ce que l'on appelle le droit naturel, c'est-à-dire un épiphénomène, un reflet du phénomène juridique qui exprime le vouloir-vivre de la société. Le définir est un exercice difficile tant l'expression a revêtu de sens au cours de l'histoire. Il n'y aurait pas moins de 255 significations distinctes ².

Quoi qu'il en soit, alors que les sciences extra-juridiques discernent de la variabilité dans la nature de l'Homme, les représentations du droit naturel concourent généralement à y « déceler un droit objectif, universel et passablement immuable » ³. Il est dit que le droit naturel est invariable à la fois dans l'espace et dans le temps. Dans l'espace, parce que « la justice naturelle est celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion » ⁴. Dans le temps, parce que les lois naturelles sont des « lois perpétuelles qui sont faites pour tous les temps » ⁵.

Le droit naturel est donné à l'homme par son évidence rationnelle ⁶. Il se conçoit à partir de l'idée que la nature des choses, d'où le droit est tiré, serait l'ensemble de la réalité sociale. En d'autres termes, il jette les bases sur lesquelles le droit positif peut ensuite se construire. Ce que l'on nomme droit naturel se réduit alors à quelques directives générales et vagues qui s'estompent devant les conceptions positivistes du droit. Celles-ci affirment cette fois sans ambiguïté que les normes juridiques sont par essence flexibles ⁷.

La variabilité du droit. L'idée est affichée en titre de l'ouvrage du Doyen Jean Carbonnier comme une légère revanche au reproche de rigueur traditionnellement émis par les milieux populaires d'autrefois : « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant,

¹ *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle, op. cit.*

² SÉRIAUX A., « Droit naturel », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 507.

³ *Ibid.*

⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, coll. « GF », rééd. 2008, Livre V, Chapitre 10.

⁵ GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, 1729, traduit par J. BARBEYRAC, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984, Discours préliminaire, § XVI, p. 16.

⁶ GROTIUS, *ibid.* : « *Les principes de ce droit sont clairs et évidents par eux-mêmes* » ; CICÉRON, *De legibus*, I, VI, 18 : « *La loi est la raison suprême, gravée en notre nature, qui prescrit ce que l'on doit faire et interdit ce qu'il faut éviter de faire* ».

⁷ JAVILLIER J.-Cl., *Droit du travail*, LGDJ, coll. « Manuels », 7^{ème} éd., 1999, p. 145 ; CARBONNIER J., *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

changeant mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible pour le bon sens comme pour l'absurdité. Flexible droit ! »¹.

Avant de parvenir à cette idée contemporaine d'une variabilité du droit, les auteurs prônaient sa stabilité. Dans la Grèce antique, Platon dit poursuivre l'objectif de soumettre « l'ensemble de la conduite de la vie privée et publique à un code moral qui se veut [...] intemporel »². Il précise toutefois que cette stabilité ne doit pas être dogmatique car il est « ridicule »³ pour celui qui se trouve face à des conditions qui ont changées de maintenir des prescriptions prises en fonction de considérations factuelles qui n'existent plus ; que le changement législatif ne doit pas s'opérer de n'importe quelle manière : ni le premier venu, ni la foule ne peuvent modifier la loi par eux-mêmes car l'art du politique est détenus pas « fondateurs de la cité »⁴. Le droit est d'abord issu de la volonté divine.

Cette pensée de droit divin est naturellement formulée par les historiens du droit, notamment le Professeur Jean Gaudemet qui énonce que le droit vient des cieux et la loi, don de Dieu, ne peut être modifiée que par son auteur : « comment alors en assurer une application efficace, s'interroge-t-il, qui, respectant l'essentiel, tiennent compte des transformations de la société ? À des hommes, juges ou docteurs, de le dire et de faire le nécessaire [...] »⁵. Seul un petit nombre peut faire varier le droit.

« Il faut être sobre de nouveautés »⁶ disait Portalis en 1804 dans son Discours préliminaire sur le projet du Code civil. Il met en garde contre l'idée d'une législation sans cesse améliorée, voire contre l'idée d'un évolutionnisme juridique qui privilégie la sélection naturelle des bonnes lois⁷. En dépit de la mise en garde, une croyance s'est répandue : le législateur pourrait tout faire, faire face à tout, dans la construction d'une société meilleure⁸. A la fin du XIXe siècle, on considère que le droit doit tenir compte des données sociales de l'époque tant sur le plan matériel que moral. Il cesse de s'alimenter exclusivement à sa source traditionnelle. La transformation de la vie sociale impose de faire coïncider les règles légales et l'état des mœurs.

¹ CARBONNIER J., *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans vigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 8 – Préface de première édition, 1969.

² PLATON, *Le politique*, Gallimard, rééd. 2008.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ GAUDEMET J., *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 4^{ème} éd., 2006, 1997, p. 9.

⁶ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1^{er} pluviôse An IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire, in *Le discours et le code PORTALIS, deux siècles après le Code Napoléon*, Jurisclasseur, Litec, rééd. 2004, p. XXI.

⁷ Cf. OPPETIT B., « Portalis philosophe », *D.* 1995, p. 330, spéc. p. 334.

⁸ FRISON-ROCHE M.-A., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Travaux dirigés », 2^{ème} éd., 1994, p. 66.

Plus encore, il s'éloigne visiblement de la loi morale pour se plier aux nécessités économiques et financières. L'esprit du droit est « transposé dans une tonalité nouvelle, plus matérialiste, plus pragmatique »¹. Lié à la conjoncture économique, le droit en est devenu plus mouvant, en même temps qu'il s'affirmait moralement neutre, il « s'est énervé de lui-même »². Il semble agir par soubresauts, se transformant d'un moment à l'autre au gré des circonstances économiques et financières.

En effet, l'adaptation du droit au fait n'est pas un mythe³ à notre sens : « à aucun moment, le droit ne saurait se détacher de la vie. Les transformations du film des événements humains se projettent sur l'écran de la jurisprudence et des lois »⁴. C'est le temps qui nourrit le droit⁵ : « Le législateur aménage l'avenir, et ce n'est pas sans problème qu'il lui appartient de réécrire le passé ; le juge, au contraire, dit le droit pour le passé (déliant ainsi ce qui avait été maladroitement ou injustement lié), et ce n'est pas sans problème qu'il se prononce par voie de règle générale valant pour le futur »⁶. De toute évidence, le droit a partie liée avec la variabilité dont l'objet propre est d'utiliser le temps. Susceptible de flexion, il ne peut être qualifié autrement. Le droit varie et fait varier. Ce qui était licite hier, devient condamnable aujourd'hui pour redevenir correct demain⁷.

Sauf à sombrer dans l'immobilisme, le droit se doit même d'évoluer : « la stabilité des notions juridiques est le privilège des civilisations mortes »⁸. Le droit « s'adapte sans cesse tantôt pour réfréner, tantôt pour accompagner, voire pour accélérer les conséquences des évolutions, des idées et des techniques »⁹. Parce qu'il exprime la réalité, il tend à dépasser les abstractions de progrès en progrès. Alors que ce sont le plus souvent les économistes et les sociologues qui les premiers dessinent les courbes du temps, le rythme de l'évolution de l'homme, les juristes saisissent leurs sciences pour en extraire socialement des droits et devoirs. Le domaine du droit est l'« isthme où se rejoignent les sciences »¹⁰, raison pour laquelle il est dit à la fois art et science¹¹. La tâche des juristes est alors de concilier autant

¹ JOSSERAND L., « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. IX.

² *Ibid.*

³ Contrairement à ce que la doctrine a pu enseigner : ATIAS Ch. et LINOTTE D., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. XXXIV.

⁴ SAVATIER R., « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *D.* 1951, p. 29.

⁵ HÉBRAUD P., « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. KAYSER*, Tome 1, PUAM, 1979, p. 1.

⁶ OST Fr., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 150.

⁷ Cf. JOSSERAND L., *op. cit.*

⁸ CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, 1953, p. 57, spéc. p. 66.

L'auteur d'ajouter qu'« une relative stabilité est le luxe des périodes calmes ».

⁹ FOYER J., « Rapport de synthèse », in *Les nouveaux moyens de reproduction*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1986, Tome XXXVII, p. 17.

¹⁰ SAVATIER R., *op. cit.*

¹¹ TERRÉ Fr., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2009, n° 21 et suivants.

que possible le fait et le droit au gré du temps. En conséquence, il est permis d'affirmer que le droit est par essence variable.

Absence de définition juridique de la variabilité. Le juriste reste pantois à parcourir les dictionnaires juridiques. Aucune définition juridique de la variabilité n'apparaît. Seule la notion de « variation » y est définie : elle est une « modification dans la situation économie, monétaire, etc., changement de circonstances ». À cet effet, elle peut être une clause de variation, c'est-à-dire une « clause dont l'objet est de faire varier le montant des obligations engendrées par le contrat dans lequel elle est insérée (prêt, vente, etc.) en fonction de la valeur de l'or (clause valeur-or), d'une devise étrangère (clause valeur-devises), ou de celle d'une marchandise de référence choisie comme indice (clause d'échelle mobile ou d'indexation stricto sensu) »¹. Or, on l'a dit, la variabilité n'est ni une variation, ni une variété. L'identification de la variabilité du droit est donc insuffisante, certainement en raison de son caractère évanescent. Au demeurant, n'y a-t-il pas des règles qui suscitent l'équivocité, et donc la variabilité ? D'emblée, on songe aux notions à contenu variable.

Les notions à contenu variable. Leur fonction première est d'enserrer dans leurs termes une matière qu'il serait impossible d'appréhender intégralement par le procédé de la définition précise et rigide : « le contenu d'une notion n'est variable qu'en raison et dans la mesure de l'imprécision, de la généralité, de son contenant, de sa définition »². Il y aurait une identité, une correspondance du contenant et du contenu³ : si des facteurs ne sont pas précisés dans le contenant, le contenu devient évidemment variable. Toutefois, il est dit que « dans les notions à contenu variable, [...] la variabilité est une variabilité préparée d'avance : l'intentionnalité est inhérente à la variabilité »⁴. Or, selon nous, tel n'est pas toujours le cas. Un événement fortuit peut entraîner une variabilité qui n'aurait pas été prévue. Il nous paraît indispensable d'entendre la variabilité au sens large, même s'il est vrai que souvent le droit l'encadre. Preuve en est le régime des clauses dites de variabilité.

Les clauses de variabilité. Elles apparaissent notamment en droit des sociétés. Par exception au principe de l'intangibilité du capital social, il est possible de créer des sociétés à capital variable en vertu de l'article L. 231-1 du Code de commerce. Ladite clause de

¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V^o « Variation » ; GUINCHARD R. et MONTAGNIER G. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005.

² LEGROS R., « Les notions à contenu variable en droit pénal », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Éd. Bruylant, 1984, p. 21, spéc. p. 27.

³ *Ibid.*

⁴ CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Éd. Bruylant, 1984, p. 99.

variabilité du capital doit être inscrite dans les statuts et être régulièrement publiée. Elle permet l'entrée de nouveaux associés et la sortie volontaire ou forcée d'anciens associés, sans qu'il y ait à modifier les statuts selon l'article L. 231-6 du même Code. En d'autres termes, la société à capital variable se caractérise par une variabilité permanente de son capital et de ses associés sans en affecter le fonctionnement. En réalité, la clause est considérée comme une simple modalité statutaire des sociétés de droit commun. Ce type de stipulation n'est pas non plus étranger au droit du travail. Il existe des clauses de variabilité du contrat de travail, même si les dictionnaires juridiques ne les mentionnent pas.

Dans cette hypothèse, le contrat de travail prévoit en lui-même que son application va se transformer. Cela signifie que l'on prévoit expressément lors de la conclusion du contrat de travail que des éléments contractuels peuvent varier. Par exemple, le salarié peut consentir d'avance à changer de lieu de travail, de fonction, voire d'une partie de son salaire. Ce genre de stipulations contractuelles paralyse la théorie élaborée pour régir la modification du contrat de travail, puisque le changement d'un élément contractuel est dans cette hypothèse accepté. En tout état de cause, la validité de ces clauses dites de mobilité est admise variablement selon leur objet.

La clause prévoyant une variation de la rémunération du salarié n'est valable que si elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, que si elle ne fait pas porter le risque de l'entreprise sur le salarié, ou encore que si elle n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels¹. La validité des clauses de mobilité géographique n'a pas été soumise dans un premier temps à des conditions particulières, dès lors qu'elle ne heurtait pas une liberté fondamentale du salarié². Mais depuis 2004, une orientation jurisprudentielle s'est amorcée : la limitation de l'espace géographique, à l'intérieur duquel une mutation est possible, devient une condition de validité de ladite clause³. Cette dernière doit définir de façon précise sa zone géographique d'application. Elle ne peut pas conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée⁴.

¹ Cass. Soc., 4 mars 2003, *RJS* 5/03, n° 568 ; 27 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 514, obs. Ch. RADÉ. ; 30 mai 2000, *RJS* 7-8/00, n° 772.

² Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, note J. HAUSER ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RJS* 1999, p. 94, note J. RICHARD DE LA TOUR.

³ Cass. Soc., 19 mai 2004, *SSL* 2004, n° 1171, p. 12.

⁴ Cass. Soc., 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976, obs. H. BLAISE, *Dr. ouvrier* 1996, p. 457, note P. MOUSSY ; PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *op. cit.*, spéc. p. 264.

Cf. WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791 ; PÉLISSIER J., « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges en l'honneur de P. COUVRAT*, PUF, 2001, p. 101 ; LYON-CAEN A., « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail », in *Analyse juridique et valeurs*

En raison de la nature déséquilibrée de la relation de travail, la mise en œuvre de ces clauses est davantage contrôlée au bénéfice des salariés. Ainsi, à propos de la clause de mobilité géographique, le juge ne se contente pas de faire échec à son application, il utilise aussi son pouvoir d'interprétation quand il estime que la clause manque de clarté par exemple. Dans ce cas, il n'hésite pas à en limiter la portée. En d'autres termes, tantôt la surveillance s'opère à l'aune des conditions de formation du contrat, tantôt à l'aune de ses conditions d'exécution. Au demeurant, la clause de mobilité ne semble être qu'un indicateur de la présence de la variabilité en droit du travail. Selon nous, la variabilité est ancrée dans cette discipline. Elle y est sous-jacente, encore davantage qu'elle ne l'est ordinairement dans la matière juridique.

La variabilité du droit du travail. Née des luttes ouvrières, la législation travailliste tend à « substituer des rapports de droit aux rapports de force »¹ qui se sont établis entre l'employeur et ses salariés. Son objectif continu est de rétablir un équilibre entre les parties, en empruntant les traits caractéristiques de données factuelles² naturellement fluctuantes. L'étude de l'État-Providence menée par François Ewald est instructive à cet égard : selon lui, « les lois ne sont plus faites pour durer ; si les conditions sociales changent – changement que la loi a précisément pour but d'opérer –, il faudra changer la loi ; le droit social est un droit dont chaque énoncé contient le principe de sa propre réforme »³. En effet, toute règle du droit du travail s'inscrit dans un contexte économique, politique, idéologique, dont les variations se répercutent à brève échéance sur un droit élaboré en fonction de données différentes. Par exemple, les problèmes concernant la durée de travail ne peuvent être juridiquement traités *in abstracto* sans tenir compte de la conjoncture économique. Ou encore l'évolution des techniques implique aussi une perpétuelle réadaptation des règles d'hygiène et de sécurité sur le lieu de travail.

Le droit du travail est considéré comme un outil au service d'une politique économique et sociale⁴. Son ambition est de concilier les impératifs économiques et sociaux. De lui dépend l'édification des rapports contractuels qui uniront l'entreprise à ses salariés,

en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER, Dalloz, 2004, p. 357.

¹ SUPIOT A., « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485, spéc. p. 487. ; *Critique du droit du travail, Essai*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. 67 et suivantes.

² Rappelons que le fait s'entend sous diverses figures : circonstance, environnement, situation, événement, action, comportement (Cf. LABORDE J.-P., « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de H. BLAISE*, Economica, 1995, p. 277 ; BOSSU B., « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvrier* 1999, p. 94).

³ EWALD FR., *L'État providence*, Grasset, 1986.

⁴ « Le droit, dans toutes ses branches, reflète les caractères généraux de la société et évolue avec elle. Mais, le droit du travail, plus que la plupart des autres disciplines, est déterminé par le jeu des forces en présence, et par les données de la politique, de l'économie, de la technique, et de la psychologie collective » (RIVERO J. et SAVATIER J., *Droit du travail*, PUF, coll. « Thémis », 1993, p. 36).

sans lesquels elle n'est rien ; de lui dépend l'organisation d'un dialogue social sans lequel il est vain d'espérer que soit longtemps préservé le minimum d'harmonie, dans l'entreprise et à sa périphérie, nécessaire pour éviter tensions et conflits¹. Franck Héas enseigne que « le droit du travail est incontestablement une matière mouvante, marquée par une évolution quasi permanente ». Le droit du travail fait partie de ce que l'on appelle en langage courant les équilibres instables : il a pour objectif continu d'équilibrer les relations de travail en utilisant des instruments variables. Il est un droit mouvant lié à une situation économique et sociale qui se modifie sans cesse.

Le droit du travail est plus qu'un « droit vivant »², mouvant, technique, complexe, etc. Il est par essence variable. Il est un art et une science qui se pensent, se structurent et se transforment au gré des changements de paradigmes juridiques. La variabilité du droit du travail correspond à une énergie, à une intensité, à une puissance, susceptible de degrés et d'influences. Néanmoins, toutes ces idées ne nous éclairent guère sur le sens à attribuer à la variabilité du droit du travail. Notre démonstration ne consistera pas à ajouter à la longue liste d'adjectifs qualifiant le droit du travail, mais d'assembler ces caractéristiques sous un même concept : la variabilité. Les notions voisines seront-elles d'un plus grand secours dans cet objectif ? On songe à des notions proches que la doctrine emploie pour décrire certaines des orientations du droit du travail, à savoir la notion d'adaptabilité, de réversibilité et de flexibilité.

Variabilité et adaptabilité. On pense tout d'abord à l'adaptabilité qui consiste à résorber les désajustements. Certes, le droit du travail tend à s'adapter à la relation de travail, mais il ne se contente pas d'assouplir les contraintes juridiques ; il est aussi capable de les renforcer. C'est pourquoi, on est enclin à penser que la variabilité constitue un concept plus large, en ce sens qu'elle n'a pas nécessairement vocation à s'adapter, mais juste à varier dans n'importe quelle direction, qu'elle soit sous des impulsions économiques, politiques, sociales, etc.

Variabilité et réversibilité. Pourtant, un auteur est allé dans cette voie en qualifiant le droit du travail de « technique réversible »³. Le Professeur Gérard Lyon-Caen considère en effet que l'évolution du droit du travail peut connaître des retournements d'orientation : des règles, ou des opérations juridiques paraissant jusqu'alors servir les intérêts des salariés,

¹ Cf. TEYSSIÉ B., « À propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, sous la direction de G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2005, p. 67.

² RAY J.-E., *Droit du travail, Droit vivant*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 18^{ème} éd., 2009.

³ LYON-CAEN G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995.

peuvent ainsi être mises à profit par les employeurs ¹. De cette réversibilité, on peut déduire que « l'essence du droit du travail n'est ni la défense des intérêts des salariés, puisqu'il peut être utilisé au bénéfice des entreprises, ni le camouflage hypocrite des rapports de force, puisqu'il peut être utilisé au bénéfice des salariés » ². Il est fondamentalement ambivalent. Mais là encore l'assimilation est excessive, car l'étude de la variabilité ne consiste pas à se contenter d'une telle alternative favorable tantôt au salarié, tantôt à l'employeur. Il s'agit de démontrer que le droit du travail est disposé à varier au-delà de cette préoccupation doctrinale de l'ambivalence.

Variabilité et flexibilité. Qu'en est-il enfin de la flexibilité ? Par nature, elle demeure une notion économique ³ : l'emploi flexible s'oppose à l'« emploi affecté à un individu salarié, fortement réglementé, exercé à temps plein et à durée indéterminée, sur le site de l'entreprise, rémunéré selon des modalités issues de la négociation collective ou de la législation en vigueur » ⁴. Les pratiques de flexibilité consistent donc à faire évoluer l'ensemble des conditions d'emploi : temps de travail, nature du contrat, lieu de son exercice et modalités de sa rémunération ⁵. Cette tendance a été caractérisée une forte revendication des employeurs dans les années 1980 face à une prétendue rigidité des règles travaillistes.

Les employeurs contestent en effet la multiplication des contraintes juridiques pesant sur leur acquisition et usage de la main d'œuvre, et en souhaitent l'allègement. En d'autres termes, ils désirent une souplesse de gestion de l'entreprise à travers les conditions d'emploi et les coûts de main d'œuvre, qui ne serait pas permise par les rigidités du droit du travail. Quelques axes de contestation peuvent être stigmatisés : le régime du contrat ⁶, du temps de

¹ LYON-CAEN G., *op. cit.* ; PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 22.

² FAVREAU O., « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 39, spéc. p. 43.

³ Preuve en est son absence de définition dans les lexiques juridiques : Cf. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007 ; GUINCHARD R. et MONTAGNIER G. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005.

⁴ CADIN L., GUÉRIN F. et PIGEYRE F., *Gestion des ressources humaines*, Dunod, 2^{ème} éd., 2002, p. 142.

⁵ DIETRICH A. et PIGEYRE F., *La gestion des ressources humaines*, La Découverte, coll. « Repères », 2005, p. 63.

⁶ « [...] réglementation des formes d'emploi restreignant la liberté contractuelle, limites à la mobilité du salarié découlant des principes du droit des contrats, soumission du licenciement à des exigences de fond et de procédure » (JEAMMAUD A., « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211, spéc. p. 217).

travail ¹, de la rémunération ², les droits reconnus aux salariés et aux syndicats pour la défense de leurs intérêts dans l'entreprise ³, etc.

Dans une approche schématique – et surtout économique, une étude anglaise distingue trois logiques de flexibilité recherchée par les employeurs ⁴ : une flexibilité fonctionnelle permettant d'adapter rapidement la main d'œuvre aux changements de la production, une flexibilité numérique permettant de faire varier les effectifs selon le marché, en développant l'annualisation du temps de travail, le temps partiel et l'intérim, et une flexibilité de gestion permettant de recruter et licencier à moindre coût et avec moins d'entraves ⁵.

D'autres auteurs ont depuis lors développé des classifications plus élaborées que nous souhaitons remodeler de manière plus simple, en isolant les conditions de la relation de travail à l'échelle interne et externe : la première échelle interne consiste à rechercher dans l'entreprise les meilleurs ajustements de la main d'œuvre aux objectifs de la production, ce qui permet de préserver une sécurité d'emploi ; la seconde échelle externe, à ajuster les effectifs de l'entreprise aux objectifs de production en utilisant des contrats de travail courts, en développant la sous-traitance ou en licenciant si nécessaire. Cette forme de flexibilité se caractérise par une action exclusive sur le volume de travail. C'est pourquoi on la qualifie souvent de « quantitative ».

Au demeurant, toutes les formes de flexibilité donnent à l'employeur une capacité potentielle d'ajustement face aux fluctuations de son activité et/ou à ses choix stratégiques sur le marché : « il s'agit de faire fluctuer les effectifs de l'entreprise en fonction des besoins en utilisant des contrats de travail de courte durée et en licenciant en tant que de besoin » ⁶. Le point commun est toutefois d'octroyer aux normes du travail une capacité d'évolution, afin d'être en adéquation avec les exigences économiques auxquelles sont confrontées les

¹ « [...] d'une part l'institution d'une durée légale hebdomadaire, assortie d'un principe de l'horaire collectif et de répartition régulière du temps de travail, avec limitation et rémunération majorée ou compensation des heures complémentaires, d'autre part l'imposition de temps de repos déterminés (repos hebdomadaire et en principe dominical, congés payés, etc.) » (Ibid.).

² « [...] les coûts inhérents au régime de rémunération, qu'il s'agisse de l'existence d'un salaire minimum légal et de cotisations assises sur les salaires pour financer la protection sociale, ou des normes salariales des conventions ou accords collectifs » (Ibid.).

³ « [...] rigidités et coûts induits par l'exercice de divers droits reconnus dans cette optique » (Ibid.).

⁴ Plus simplement, certains dissocient seulement la flexibilité fonctionnelle interne de l'entreprise, qui s'appuie sur la définition de la place des salariés (réorganisation du travail, polyvalence, autonomisation) et la flexibilité numérique externe qui limite le contrat à l'accomplissement d'une tâche déterminée, qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat commercial auprès d'une entreprise tierce ou sous-traitante, voire d'un travailleur indépendant (IRES, *Les mutations de l'emploi en France*, La découverte, coll. « Repères », 2005, p. 6).

⁵ Etude présentée par le Professeur Antoine Jeammaud : « Flexibilité : le procès du droit du travail », in *Flexibilité du droit du travail, objectif ou réalité*, Editions législatives et administratives, coll. « Centre de Recherche de Droit Social », 1986, p. 26, spéc. p. 27.

⁶ LE GOFF J., *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2004, p. 486.

employeurs. Compte tenu de toutes ces explications, il permis de penser que la flexibilité n'est en réalité que l'une des traductions de la variabilité : sa capacité à varier dans un sens plus souple. Elle n'en est qu'un attribut. Que recouvre donc la variabilité en droit du travail ? À la réflexion, ne correspond-elle pas simplement aux notions à contenu variable expliquées précédemment ?

Un droit à contenu variable. L'idée relève de la tautologie tant les similitudes se font cette fois sentir : par essence indéfinissables de manière objective, on l'a dit, les notions à contenu variable sont de la même manière traduites à travers d'autres empruntées aux sciences dures telles que l'équivalence, l'aléa ou l'adéquation. Elles sont des notions « dont la dénomination, le signifiant, restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent, plus spécialement en fonction de facteurs spatio-temporels »¹, voire en fonction du milieu social. Leur utilisation répond à diverses exigences qu'un auteur a catégorisées en trois fonctions respectivement « de concrétisation, de résolution des contradictions et de représentation idéologique »².

Tout d'abord, elles permettent d'apporter des solutions concrètes distinctes selon les circonstances que l'on aura retenues comme pertinentes. C'est-à-dire qu'elles ont la faculté « de régler la conduite de communautés réduites où les sujets sont au surplus très dissemblables par leur situation géographique, leur taille, leur structure politique économique et sociale, leur puissance militaire, leurs besoins et leurs ressources et aptitudes économiques »³. En ce sens, le droit du travail ne régit-il pas tous les salariés indépendamment de leur âge, tous les employeurs indépendamment de la taille de l'entreprise ? Au surplus, ne permet-il pas la conclusion de conventions et accords collectifs à des niveaux différents pour être au plus proche des réalités ?

Ensuite, les contrariétés factuelles sont résolues par des rapports de force que vient dépasser le droit. C'est la deuxième fonction consistant en la résolution des contradictions par un pari sur l'avenir : « Désormais la règle juridique complète ou remplace par son propre poids (exigence du respect de la norme et de la sécurité) celui de la force (politique, économique ou militaire, etc.) qui a résolu la contradiction »⁴. On l'a dit, le droit du travail,

¹ LEGROS R., « Les notions à contenu variable en droit pénal », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Éd. Bruylant, 1984, p. 21.

² SALMON J. A., « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Éd. Bruylant, 1984, p. 251, spéc. p. 265.

³ *Ibid.*

⁴ SALMON J. A., *op. cit.*, spéc. p. 266.

né des luttes ouvrières, tend à « substituer des rapports de droit aux rapports de force »¹ qui se sont établis entre l'employeur et ses salariés. Son objectif continu est de rétablir un équilibre entre les parties.

Enfin, les notions à contenu variable cacheraient en réalité tels rapports de force « sous un masque de bons sentiments »². Ce sont sur les vertus idéologiques que ces notions colportent que l'État légiférant ou appliquant le droit, aime à se parer. Et il ne manque pas de ces vertus en droit du travail : « il serait de la nature du droit du travail de ne pas pouvoir s'arrêter sur des principes, d'être en perpétuelle transformation, en gestation incessante »³. Le droit du travail aurait l'aptitude à varier dans ses fonctions, son genre, ses formes, etc. sous l'influence de facteurs externes ou internes, et ce de manière alternative ou successive. C'est un droit dynamique, plastique, malléable, vivant.

À l'image d'un funambule, il avance sans jamais perdre l'équilibre entre les impératifs économiques et sociaux du marché. La doctrine a été spectatrice de cette manifestation. Les auteurs ont décelé plusieurs tendances⁴, mais il ne s'agit pas là d'en faire un exposé fastidieux et inorganisé. Sans prétention non plus de devenir un baromètre de l'atmosphère travailliste⁵, cette étude consistera à mesurer les changements⁶ du droit du travail et leur sens. On observera que la variabilité de son contenu a atteint un paroxysme tel que c'est le contenant lui-même qui est variable. L'analyse du fond des règles ne suffit plus à expliquer la variabilité ainsi devenue inhérente à cette branche du droit.

Un droit à contenant variable. C'est pourquoi, on prend l'audace d'intituler cette recherche « la variabilité du droit du travail », afin de ne pas se contenter d'observer les changements possibles du rapport de travail à l'image d'une analyse simple de sa variation. Une telle description ne peut suffire. Celle-ci conservera toutefois sa qualité illustrative pour tenter d'expliquer les mutations profondes qu'a subi et subit encore le droit du travail. Une

¹ SUPIOT A., « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485, spéc. p. 487. ; *Critique du droit du travail, Essai*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. 67 et suivantes.

² SALMON J. A., *op. cit.*, spéc. p. 267.

³ EWALD FR., « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Dr. soc.* 1985, p. 723.

⁴ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, spéc. n° 22. Cet ouvrage distingue cinq tendances : l'extension de la place de la négociation collective, l'assouplissement des conditions juridiques d'usage de la main d'œuvre, l'évolution des dispositifs légaux aux fins de réduction effective du temps de travail ou de réduction de la durée de la vie de travail, l'affermissement des droits de la personne du salarié notamment par l'invocabilité des droits fondamentaux, et le développement des obligations d'information et plus encore des procédures préalables à un certain nombre de décisions patronales.

⁵ « Il faut se souvenir que tout discours à ambition scientifique sur un phénomène social tend plus sûrement à sa compréhension qu'à son explication » (JEAMMAUD A., « Crise et relations de travail », in *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique, Essai comparatif*, sous la direction de A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, Actes Sud, 1986, p. 96).

⁶ Pour reprendre l'idée du Professeur Antoine Jeammaud : « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211.

perspective historique peut rendre compte de la lente mais continue élaboration du droit du travail. Selon les époques, « il apparaît clairement que des strates différentes du droit du travail conduisent à des problématiques fort contrastées »¹. Cela s'explique par le fait que le droit du travail est le fruit des luttes ouvrières, des pratiques patronales et des interventions de l'État. Chacune de ces initiatives n'ont pas manqué de transformer les règles du droit du travail.

Problématique. La multiplication et la diversification des acteurs normatifs ont provoqué des changements importants dans les modes de production des sources du droit du travail. En effet, déjà dans les années 1980, la loi, norme de référence, s'est vue reprocher des maux mettant en cause sa légitimité à équilibrer les rapports de force de la relation de travail ; ils n'ont pas cessé malgré les efforts entrepris par les pouvoirs publics. Par exemple, l'absence de décret d'application ne rend-elle pas une grande partie de la loi inefficace ? L'attente contemporaine de simplification du droit n'altérera-t-elle pas sa substance ? La recodification est-elle réellement à droit constant ? Certaines lois ne sont-elles pas la simple transposition de directives communautaires ?

Les réponses à ces multiples questions permettront de dessiner la tendance générale à la transformation de la nature juridique des sources, notamment en raison d'un changement du rôle des acteurs : le gouvernement légifère par la voie des ordonnances, le législateur incite à la négociation, le juge s'aventure sur le terrain même de la création des normes, etc. Autrement dit, la loi est réglementarisée, négociée et interprétée à l'excès. Les procédures classiques d'élaboration du droit du travail sont ainsi dévoyées au prix d'une dénaturaison de ses sources. La loi varie en elle-même dans ses modes de production, tout comme elle est sujette à des variations extrinsèques (facteurs politiques, médiatiques, populaires, etc.), ce qui traduit un affadissement². En d'autres termes, le droit du travail ne semble pas être l'unique détenteur d'une capacité à faire varier ses règles, il peut faire varier l'environnement qui l'entoure, et l'on ose même affirmer qu'il tend à varier de lui-même. Il serait à la fois acteur et sujet de variabilité. Et c'est en observant ses modes d'élaboration et d'application qu'on se rend compte de l'impact des changements de son existence.

Les sources ainsi désorientées s'appliquent avec difficultés : comment s'articulent-elles dans un contexte d'enchevêtrement d'un droit global et d'un droit local dont l'État se fait le relais ? Le principe de faveur prime-t-il toujours en cas de conflit de normes ? Ne laisse-t-il pas le champ libre à la dérogation ? Et parviendra-t-on à la construction universelle et

¹ JAVILLIER J.-C., *Droit du travail*, LGDJ, coll. « Manuels », 7^{ème} éd., 1999, p. 21.

² DEBBASCH Ch., *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, éd. CNRS, 1986.

incontestable des principes fondamentaux, tant convoitée par quelques auteurs, afin de déléguer l'application pratique des règles aux espaces juridiques locaux ? Dans tous les cas, la mise en œuvre contemporaine des sources laisse deviner un système réticulaire entendu comme un réseau d'acteurs normatifs d'horizons divers.

La mondialisation de l'économie favorise les stratégies fondées sur la recherche d'avantages comparatifs des entreprises et des États eux-mêmes. C'est-à-dire que les multinationales prennent en considération soit le coût du travail, soit l'état du marché pour accroître leur compétitivité. Les pressions concurrentielles sont telles que les dérives sont des réalités que le droit du travail français tente d'encadrer. Force est de constater que les réponses à ces initiatives entrepreneuriales sont variables. Divers processus témoignent de la tendance à concevoir l'entreprise « localement », c'est-à-dire autant composée localement de salariés individualisés auxquels il faut garantir le respect des droits et libertés, que constitutive globalement d'une entité juridique soustraite aux exigences du marché mondial.

L'approche est plus globale c'est-à-dire qu'elle consiste à dématérialiser les règles du droit du travail, voire à dématérialiser l'entreprise elle-même, approche complétée d'une spirale vers le bas, vers l'entreprise et ses salariés proprement dits. En d'autres termes, l'application du droit du travail varie par la recherche d'une responsabilité sociale et environnementale commandée essentiellement par la financiarisation des activités de l'entreprise. La hiérarchie classique des normes en est ainsi contrariée au point d'en être parfois renversée notamment par les accords dits dérogatoires. Cette fois, le droit du travail est variable non pas dans son élaboration mais dans son application.

Annonce. Le droit du travail est disposé à « changer la production de ses règles »¹, c'est-à-dire à faire varier les modes d'élaboration de ses sources en fonction de leur auteur ou du cadre fixé à leur élaboration. Il nous faudra alors définir le rôle de chacun des acteurs de l'élaboration de la législation travailliste pour en expliquer par la suite les règles du jeu, c'est-à-dire la manière dont s'articulent les différentes normes entre elles. Respectivement, il s'agira d'étudier la variabilité des modes d'élaboration du droit du travail (Première partie), puis celle de ses modes d'application (Seconde partie).

Première partie - La variabilité des modes d'élaboration du droit du travail

Seconde partie - La variabilité des modes d'application du droit du travail

¹ « *Un changement dans la production des règles* » (JEAMMAUD A., « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211).

PREMIÈRE PARTIE

LA VARIABILITÉ DES MODES D'ÉLABORATION DU DROIT TRAVAIL

Une perspective historique peut rendre compte de la lente mais continue élaboration du droit du travail. Selon les époques, « il apparaît clairement que des strates différentes du droit du travail conduisent à des problématiques fort contrastées »¹. Cela s'explique par le fait que le droit du travail est le fruit des luttes ouvrières, des pratiques patronales et des interventions de l'État. Chacune de ces initiatives n'ont pas manqué de transformer les règles du droit du travail. À l'origine, le droit du travail est perçu comme un droit unilatéral protecteur du salarié et contraignant pour l'employeur, comme un droit progressiste, c'est-à-dire un droit orienté « dans le sens du progrès social », vers « la conquête du toujours plus »².

Dès les premières lois dites ouvrières, l'État ne pourra plus rester étranger aux relations de travail. Ses réformes les plus décisives vont permettre aux salariés de rompre avec la tradition individualiste et amorcer le développement de la négociation collective. En effet, l'inégalité qui caractérise le contrat individuel de travail concourt à chercher au plan collectif des moyens de restaurer un certain équilibre entre l'employeur et ses salariés. Pourtant, on a considéré qu'il incombait d'abord à l'État de rééquilibrer ce rapport inégal entre patrons et ouvriers, contrairement aux traditions anglo-saxonnes qui privilégient un véritable droit de la négociation collective³.

Cependant, la crise économique, surgissant à partir des années soixante-dix lors des chocs pétroliers, révèle une « crise du travail » que philosophes et sociologues n'ont pas

¹ JAVILLIER J.-C., *Droit du travail*, LGDJ, coll. « Manuels », 7^{ème} éd., 1999, p. 21.

² TEYSSIÉ B., *Droit du travail, Relations individuelles de travail*, Tome I, Litec, 2^{ème} éd., 1992, n° 160, p. 89.

³ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, n° 1032.

manqué de commenter ¹. La crise du travail précipita la crise du droit du travail ² considéré comme trop rigide. On le dit atteint de tous les maux : inflation, instabilité, opacité, illégitimité, « déstabilisation » ³, etc. Et des auteurs parlent de sa « déréglementation » ⁴, son « effondrement » ⁵, son « évanouissement » ⁶, sa « fin » ⁷, etc. Ce diagnostic affligeant n'en donne pas pour autant son sens selon l'opinion du Professeur Antoine Jeammaud ⁸. À cet égard, le droit du travail ne subit-il pas plus des retournements qu'une crise ⁹ ? N'y a-t-il pas lieu justement de s'interroger sur la capacité de cette discipline à faire varier les modes d'élaboration de ses règles ? Force est de constater en effet que depuis les lois Auroux de 1982, le droit conventionnel du travail n'a cessé de gagner en importance.

Dorénavant, les interventions du législateur et des partenaires sociaux sont intimement mêlées, auxquelles s'ajoutent les décisions jurisprudentielles. Le droit du travail français se construit variablement à partir de la législation, de la négociation et de l'interprétation. Le régime des relations de travail relève donc de normes posées par l'État qui se combinent à d'autres règles juridiques infra-étatiques.

Au surplus, dans un contexte de mondialisation des échanges, une production internationale de normes est née du souci de sauvegarder la concurrence et de prévenir la ruine des standards sociaux les plus élevés. L'État français est dès lors inséré dans des « constellations internationales » ¹⁰ qui imposent l'autorité de leurs droits en vertu de l'article 55 de la Constitution ¹¹. À notre sens, la question de la primauté des règles supra-étatiques relève de l'analyse des modes d'articulation du droit du travail, en ce qu'elle vise à coordonner les systèmes juridiques en matière de travail et de protection sociale. Il n'est pas question ici de mettre en doute les modes d'élaboration de ce droit international du travail.

¹ Cf. JEAMMAUD A., « Crise et relations de travail », in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, 5^{ème} journée R. SAVATIER, Poitiers, PUF, 1997, p. 89.

² « *La perspective d'un avènement d'une "société post-salariale", succédant à l'entrée dans l'ère post-industrielle, ne saurait rester sans incidence sur la teneur ou la position de ce droit du travail (salarie)* » (JEAMMAUD A., *op. cit.*).

³ DUPEYROUX J.-J., « La déstabilisation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 823.

⁴ « *Si l'on admet que ces dispositions constituent une "réglementation" au sens matériel, la déréglementation s'entend aussi bien d'un changement de teneur de règles composant certains segments du droit que d'une abrogation pure et simple de ces règles* » (JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 92).

⁵ LYON-CAEN G., « L'effondrement du droit du travail », *Le Monde*, 31 octobre 1978.

⁶ JEAMMAUD A., « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211.

⁷ BOUBLI B., « A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Dr. soc.* 1985, p. 239.

⁸ « *Ces qualifications s'accroissent [...] d'une étonnante indétermination conceptuelle* » (JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 92).

⁹ JEAMMAUD A., « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Dr. soc.* 1988, p. 583.

¹⁰ PÉLISSIER J., SUIPOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, n° 43.

¹¹ L'article 55 de la Constitution énonce que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

C'est pourquoi, nous écartons dans cette partie l'analyse des sources supra-étatiques du droit du travail pour se focaliser sur ses sources internes.

Précisément, quelles sont les sources internes du droit du travail ? D'emblée nous excluons les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur, pour lesquels la variabilité n'a pas à notre sens une explication probante des transformations contemporaines du droit du travail. Rappelons-en brièvement la teneur afin de justifier leur exclusion.

Doté d'un pouvoir juridique de donner des ordres aux salariés, l'employeur a en principe la possibilité de créer de véritables règles de droit, générales, abstraites et permanentes. Les manquements des salariés à ce pouvoir de commandement sont constitutifs de faute, voire de faute grave, dès lors que les commandements en question n'excèdent pas la mesure du pouvoir juridique octroyé à l'employeur¹. Ce pouvoir de commandement peut aussi bien être exercé par décisions individuelles, que de manière générale en imposant une décision à la collectivité des salariés. Aux côtés de ce pouvoir de commandement s'est développé progressivement un pouvoir réglementaire, au terme duquel est reconnu l'engagement unilatéral de l'employeur. Aussi, dès lors que des pratiques d'entreprise ont eu une certaine constance, une certaine généralité et qu'elles ont fait naître des attentes légitimes dans l'esprit des salariés, elles sont qualifiées d'« usages d'entreprise ». Il ne faut pas confondre avec les « usages de la profession ».

Les usages professionnels relèvent d'une pratique générale pouvant se prévaloir d'une certaine ancienneté au sein d'un secteur d'activité. Le législateur y renvoie parfois à titre subsidiaire. Par exemple, l'article L. 1237-1 du Code du travail y fait référence pour fixer la durée de préavis de démission, ou l'article L. 1234-1 du même Code pour fixer la durée de préavis de licenciement des salariés ayant au moins six mois d'ancienneté. Ces normes, issues de la volonté unilatérale de l'employeur ou issues des pratiques que l'employeur a eues ou a laissées avoir, ont une grande importance en pratique ; mais force est de reconnaître que la constance qui les caractérise alimenteront peu notre réflexion.

C'est pourquoi, l'analyse des modes d'élaboration du droit du travail se bornera à étudier la variabilité de la loi, du règlement, de la jurisprudence, et de la négociation collective comme individuelle. Ces différentes sources seront abordées à la lumière de la dichotomie doctrinale² du droit imposé (Titre 1) et du droit négocié (Titre 2).

¹ Notamment sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

² GÉRARD Ph., OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M., *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, Tome 72, 1996.

TITRE 1

LA VARIABILITÉ DU DROIT IMPOSÉ

Le droit imposé s'entend comme le droit que l'État impose, celui que le législateur et les juges imposent à la société au nom d'une certaine cohésion entre les sujets de droit. Il correspond à l'*imperium* de l'État entendu largement. Chaque pouvoir, législatif, exécutif et judiciaire, s'est vu attribuer un rôle dans la procédure d'élaboration des règles à respecter. Or, ces procédures semblent ne plus correspondre à leurs fonctions, voire à leurs finalités initiales. On ne sait plus vraiment quel est le rôle de chacun : le législateur vote-t-il toujours des règles générales et abstraites ? Le Gouvernement se contente-t-il de permettre l'application des lois votées ? Le juge se borne-t-il à interpréter la loi au cas d'espèce ? Toutes ces questions sous-entendent des dérives de la pratique, ce qui nous place au cœur du sujet de la variabilité des modes d'élaboration du droit du travail.

Une prolifération démesurée des règles imposées emporte une première crainte : la loi tend à perdre la fonction stabilisatrice qu'elle détenait originellement. Sachant pourtant à l'avance qu'elle aura à être mise en œuvre par des textes réglementaires ou à être interprétée par la jurisprudence, la loi semble se noyer dans le détail. Nous nous attacherons à démontrer qu'en dépassant son domaine de compétences, le législateur emprunte la voie réglementaire. *De facto*, les deux autres sources du droit du travail, qui nous intéressent ici, ont gagné en importance à raison de l'activisme du législateur. Plus ce dernier intervient, plus le règlement doit mettre en œuvre ses dispositions, plus le juge doit les interpréter. Et le raisonnement ne doit pas s'arrêter là.

Paradoxalement, le législateur dénote parfois une attitude passive de sorte qu'il laisse les pouvoirs exécutif et judiciaire remplir son propre rôle. En conséquence, le règlement et la jurisprudence ont l'opportunité de franchir leur domaine de compétences par le biais d'une

telle dénégation, voire de leur propre chef. D'autres questions se posent alors : le législateur conserve-t-il la primeur de l'élaboration du texte avant que celui-ci ne soit réglementarisée ou interprétée ? La loi signifie-t-elle encore l'antériorité en ce qu'elle est réglementarisée ou interprétée ? Ou ne seraient-ce pas le règlement et la jurisprudence qui participe à la nature de la loi de sorte qu'ils manifestent une simultanété ?

Ce sont ces interrogations qui nous amènent à nous interroger doublement : s'agit-il d'une loi réglementarisée ou d'un règlement légiférant ? (Chapitre 1). S'agit-il d'une loi interprétée ou d'une interprétation légiférante ? (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UNE LOI RÉGLEMENTARISÉE OU UN RÈGLEMENT LÉGISÉRANT ?

Expression de la volonté générale, la loi est en principe l'acte du pouvoir législatif dans l'État français. Elle est variablement définie selon un critère matériel et/ou un critère organique depuis la rédaction de la Constitution de 1958¹. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne déroge pas à la dualité variable des critères de définition de la loi, puisqu'elle détermine cette dernière selon son contenu, sans écarter totalement le critère organique. En effet, si la nouvelle rédaction de l'article 34 de la Constitution se contente désormais d'énumérer les matières réservées au pouvoir législatif, dans lesquelles apparaissent les principes fondamentaux du droit du travail, elle n'exclut pas pour autant ledit critère organique qui réapparaît à l'article 24². La doctrine constitutionnaliste³ enseigne que ce choix est vraisemblablement le fruit d'une volonté de revaloriser la fonction parlementaire tant décriée.

Le rappel à l'ordre n'est pas nouveau. Déjà en 1958, les constituants escomptaient endiguer l'expansion législative dénoncée sous la IV^e République, mais l'évolution montre sans conteste que les termes de l'article 34 de la Constitution n'ont pas permis d'atteindre cette « révolution juridique »⁴, bien au contraire : alors que la Constitution était destinée à armer l'Exécutif contre les empiètements du Parlement, celui-ci est devenu « l'auteur de son

¹ Pour un exposé de la définition de la loi depuis 1958 : PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 29^{ème} éd., 2010, p. 582 et suivantes.

² L'article 24 énonce que « *le Parlement vote la loi* ». Le Parlement n'est pas le seul à détenir le pouvoir législatif. Par exemple, la loi peut émaner directement du peuple par la voie du référendum aux termes des articles 3 et 11 de la Constitution.

³ Cf. *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, sous la direction de Fr. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, Economica, 3^{ème} éd., 2009.

⁴ DURAND P., « La décadence de la loi dans la Constitution de la Ve République », *JCP* 1959, I, 1470.

dessaisissement temporaire »¹. Les constituants souhaitaient faire perdre au pouvoir législatif sa puissance initiale, au terme de laquelle il n'hésite pas à intervenir au-delà des domaines de compétences énumérés.

Or, le verrouillage constitutionnel a conduit à contourner les procédures parlementaires de leurs finalités, afin de répondre aux contingences de l'action politique. Le phénomène est caractéristique en droit du travail : en s'appuyant sur la liste non exhaustive de ses compétences, le législateur a la possibilité d'outrepasser ses pouvoirs de sa propre initiative ou avec la courtoisie du Gouvernement. La démarche conduira à démontrer qu'il n'hésite pas à le faire. Le souci de lutter contre la dégradation de la situation de l'emploi provoque l'empilement de dispositions législatives toujours plus spéciales, plus précises et détaillées. L'inflation législative est patente dans cette discipline, et les pouvoirs publics souhaitent remédier à ses dérives parlementaires.

De facto, l'inflation législative a des incidences sur l'exercice du pouvoir réglementaire² en droit du travail. Les décrets et arrêtés ordinaires prolifèrent à l'instar de la multiplication des textes législatifs. Ce constat relève du paradoxe : le Parlement a miné son propre pouvoir en légiférant trop et en légiférant moins, puisqu'il confie au Gouvernement une partie de sa mission. Tantôt la loi emprunte la qualité de règlement, tantôt c'est le règlement qui emprunte la qualité de la loi. Il est alors permis de s'interroger sur la nature variable de ces sources du droit du travail. Pour ce faire, nous allons reprendre la dichotomie doctrinale³ opposant les textes réglementaires dits « en forme législative » (Section 1) et ceux dits « à valeur législative » (Section 2).

¹ Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation Française, p. 268.

² Le périmètre du règlement est ici entendu au sens large, auquel on exclut toutefois les circulaires ministérielles et les instructions dont le caractère réglementaire est discuté (PRÉTOT X., « De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS* 6/97, chron. p. 415).

³ Dichotomie soutenue par quelques constitutionnalistes, par exemple : PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 29^{ème} éd., 2010, p. 594.

SECTION 1

DES TEXTES RÉGLEMENTAIRES « EN FORME LÉGISLATIVE »

La dénonciation des failles législatives est devenue un simple exercice de style qu'il convient d'alimenter à bon escient au regard de la variabilité du droit du travail, même si le diagnostic est affligeant : le droit du travail souffre de « législationite aiguë »¹. Le rapport du Conseil d'État de 1991 est célèbre pour ses formules : il s'agit d'un « droit qui bavarde » composées de « lois jetables », « saisonnières », « fourre-tout », etc. Cette Haute juridiction dénonçait déjà « un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »². Dix ans plus tard et malgré le diagnostic institutionnel, la situation n'a pas changé : la loi « tâtonne, hésite, bafouille, et revient sur ses pas »³. Les textes deviennent de véritables « pots-pourris législatifs »⁴ adoptés par saccades tel un « stroboscope »⁵.

Si le Parlement vote un texte conformément à la procédure législative, mais son contenu relève de la compétence du règlement. C'est un texte organiquement législatif dont les dispositions sont matériellement réglementaires, raison pour laquelle on emploie l'expression de textes réglementaires « en forme législative »⁶. Ainsi débridée, la législation est devenue une cause d'insécurité juridique tant par sa quantité que par sa qualité : la loi empiète sur le domaine réglementaire (§ 1), la loi emprunte le style réglementaire (§ 2).

§ 1. La loi dans le domaine réglementaire

En droit du travail, le pouvoir législatif a particulièrement la capacité à faire varier son champ de compétences en empiétant sur celui du pouvoir réglementaire. L'analyse de cette variabilité de la répartition desdits domaines doit s'effectuer sous deux angles : le périmètre

¹ LAMARRE D., « "Législationite aiguë" : une maladie française », *France Forum* 2005, p. 103.

² Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation Française.

³ MAZEAUD P., « Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, discours prononcé le 3 janvier 2005 », *Cahiers de droit constitutionnel*, n° 18/2005, p. 2.

⁴ DOCKÈS E., « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, p. 835.

⁵ *Ibid.*

⁶ Cf. PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *op. cit.*, spéc. p. 594.

de la loi est conçu de manière extensible (A), et le contrôle des empiètements sur le domaine réglementaire s'effectue avec souplesse (B).

A. Un domaine législatif extensible

Dans la crainte de débordement de compétences, la Constitution précise les contours du périmètre de la loi et du règlement aux articles 34 et 37 : la loi détermine seulement « les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale », le règlement n'intervenant dès lors que dans les matières autres que celles réservées au domaine législatif. La répartition semble rigoureuse. Tout ce que la Constitution ne précise pas comme appartenant au domaine de la loi est du domaine du règlement. C'est précisément ce qui pose problème en droit du travail. Il constitue une matière mixte en ce qu'il n'appartient ni tout entier au domaine législatif, ni tout entier au domaine réglementaire. Et l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel va conforter cette opinion. Le juge constitutionnel utilise à cet effet trois outils se rattachant directement ou indirectement à la règle constitutionnelle.

Le premier outil consiste pour le Conseil constitutionnel à entendre de manière large les « principes fondamentaux du droit du travail » énoncés à l'article 34, et ainsi estomper la distinction opérée entre les matières pour lesquelles la loi « détermine les principes fondamentaux » et celles pour lesquelles « la loi fixe les règles ». La difficulté consiste à savoir ce qu'est un « principe fondamental ». L'expression demeure équivoque, qui plus est à la lecture de la position du Conseil constitutionnel en 1983 : il « appartient à la loi de poser les règles propres à assurer au mieux le droit de chacun d'obtenir un emploi, en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'individus »¹. Le législateur emploie expressément le terme de « règles » et non plus de « principes fondamentaux du droit du travail ». À compter de la confusion de ces expressions, un débat est né sur la question de savoir comment différencier, parmi les principes, ceux constituant d'authentiques normes juridiques, nommés « principes-règles », de ceux décrivant une simple tendance du droit positif, ou encore de ceux qui formulent des exigences pour l'application de certaines règles.

Mais au-delà de cette controverse doctrinale, le Conseil constitutionnel tranche depuis longtemps en faveur de la distinction « mise en cause-mise en œuvre » : les dispositions qui mettent en cause les règles sont du domaine de la loi et celles qui les mettent en œuvre sont du domaine du règlement d'application de la loi. C'est même en droit du travail que l'on retrouve

¹ Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC, *AJDA* 1983, p. 619, note R.-F. LE BRIS.

l'un des exemples les plus notoires de ladite distinction : la loi du 23 avril 1919 instituant la journée de huit heures se borne à énoncer le principe, et renvoie à des règlements pour l'application de la nouvelle durée du travail dans les différentes branches d'industries ¹.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a estimé en 1963 qu'il appartenait au pouvoir réglementaire « de fixer dans le cadre de la loi, et sauf à en dénaturer l'esprit, le taux ou le montant des rémunérations ou des accessoires de salaire qu'institue la loi, d'établir les conditions de leur attribution ainsi que de perception, et les modalités de leur versement » ². Mais comment comprendre précisément l'esprit de la loi pour ne pas la dénaturer ? On ne le comprend guère à l'aune du régime des heures de délégation des représentants élus.

Dans cette hypothèse, la loi s'est réservée le soin de fixer le nombre exact d'heures de délégation, ainsi que leur mode de calcul, alors même que cette détermination relève en principe du pouvoir réglementaire. En effet, les articles L. 2143-13 et suivants du Code du travail applicables aux délégués syndicaux, ainsi que les articles L. 2315-1 et suivants du même Code applicables aux délégués du personnel, déterminent la durée précise des heures de délégation : elle est au moins égale à dix, quinze ou vingt ³ heures par mois selon la taille de l'entreprise, et ne peut être dépassée qu'en cas de circonstances exceptionnelles. Le législateur a ainsi pris la peine d'aménager lui-même le temps nécessaire à l'exercice de ces fonctions, alors qu'il ne s'est pas octroyé la même liberté lorsqu'il a fixé le nombre de délégués syndicaux ou de délégués du personnel présents dans l'entreprise. Le calcul de ce nombre apparaît cette fois dans la partie réglementaire du Code du travail ⁴. La cohérence des sources du régime juridique des représentants du personnel est donc peu perceptible. L'illustration révèle à tout le moins la capacité du législateur à étendre son champ de compétences dans cette matière.

Le deuxième outil s'emploie en dehors de toute référence à la Constitution de 1958, pour puiser dans ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité. C'est en usant d'une approche globale des sources constitutionnelles que le juge constitutionnel étend les compétences du législateur en droit du travail. Celles-ci peuvent résulter du Préambule de la Constitution de 1946 ou de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ces fondements ont par exemple permis au législateur d'énoncer à l'article L. 2141-4 du Code du

¹ Exemple cité par : HAMON L., « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », *Dr. soc.* 1964, p. 407.

² Cons. const., 11 juin 1963, n° 63-5 FNR, *D.* 1964, p. 109, note L. HAMON.

³ Seuls les délégués syndicaux peuvent se voir attribuer vingt heures de délégation par mois dans les entreprises ou établissements de plus de cinq cents salariés.

⁴ Articles R. 2143-2 et R. 2143-3 pour les délégués syndicaux ; articles R. 2314-1 et suivants et R. 2314-3 pour les délégués du personnel.

travail la règle suivante : « L'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle de travail ». Présupposée par le droit d'obtenir un emploi, la liberté du travail se voit ainsi reconnaître la qualité de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Dès lors que cette composante du bloc de constitutionnalité est énoncée dans la loi, il est possible d'affirmer que le domaine de la loi sociale s'étend au domaine constitutionnel.

Peut-on pour autant considérer le juge constitutionnel comme un « co-législateur »¹ à l'instar de quelques opinions doctrinales ? Selon nous, l'affirmative dépasse l'entendement. Certes, la Constitution tend à se désacraliser, mais elle n'est pas dotée des caractères général, abstrait et impersonnel de la loi. De surcroît, le plus souvent, le législateur se contente de reprendre purement et simplement les principes constitutionnels dans un souci pédagogique. Il les porte à la connaissance des destinataires de son texte. La collaboration de Conseil constitutionnel à l'élaboration du droit du travail ne peut donc être soutenue sur ce point.

Enfin, le troisième outil correspond à l'hypothèse dans laquelle le législateur agit sans que sa compétence se rattache directement aux sources constitutionnelles. Le juge constitutionnel l'admet dans le cas où le recours à la loi est incontournable ; seule la loi peut intervenir pour modifier ou remettre en cause un principe général du droit à valeur législative. C'est le cas du principe de faveur mentionné aux articles L. 2252-1 et L. 2253-3 du Code du travail, selon lequel lorsque deux sources distinctes portant sur le même objet sont applicables à la relation de travail, la règle la plus favorable aux salariés doit s'appliquer. Même si la nature de ce principe a été discutée comme nous le verrons plus loin, force est de reconnaître que le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour restreindre son champ d'application. La portée de ce principe a notamment été réduite par la loi du 4 mai 2004 ouvrant la négociation d'accords dits dérogatoires².

De ces trois outils, force est de reconnaître que le domaine législatif n'est pas limité ; il est extensible dans la mesure où de nombreuses matières travaillistes, régies directement ou indirectement par une règle constitutionnelle, peuvent relever de la compétence du législateur. La répartition des compétences est variable selon que le législateur a la faculté de s'immiscer dans le domaine réglementaire. Cela est possible grâce à une interprétation extensive des textes. Une telle variabilité du domaine législatif en droit du travail conduit à rendre encore

¹ Cf. *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, sous la direction de Fr. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, Economica, 3^{ème} éd., 2009.

² Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

plus perméables qu'elles ne l'étaient les frontières entre la loi et le règlement. Cependant, le législateur peut-il tout voter en droit du travail ? N'est-il pas lié par quelques contrôles ?

B. Un contrôle souple de l'empiètement législatif

La Constitution prévoit divers procédés pour remédier aux empiètements du législateur, dont nous ne relèverons que les plus significatifs en droit du travail. D'une manière générale, il revient au Gouvernement soit, en amont de l'élaboration de la loi, d'exercer une police des amendements, soit en aval, de mettre en œuvre une procédure de déclassement des dispositions réglementaires ayant forme législative. Examinons successivement ces deux techniques.

Tout d'abord, le droit d'amendement, corollaire du droit général d'initiative parlementaire, est détenu tant par le Parlement que par le Gouvernement selon les termes de l'article 44 de la Constitution. Il traduit à cet égard un pouvoir d'opposition non négligeable comme en témoigne la quantité d'amendements déposés à chaque législature. Près de 300 amendements ont par exemple été opposés en 1986 lors de la discussion du texte supprimant l'autorisation administrative de licenciement¹. Si cette pratique paraît dissuasive, elle est modérée dans son ensemble.

À notre sens, saisir le Conseil constitutionnel selon la procédure de l'article 41 est plus offensif. Aux termes de cette disposition, le Gouvernement² peut en effet contester l'irrecevabilité du texte « s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi [...] ». Dès lors, soit le Conseil constitutionnel se range à l'avis du Gouvernement en estimant que les dispositions litigieuses sont du domaine réglementaire et les retire ainsi des débats, soit il soutient qu'elles sont bien du ressort du Parlement. Cette procédure paraît être un mode efficace de contrôle de répartition des compétences. Toutefois, elle n'est guère utilisée en pratique³. On ose espérer qu'elle le soit davantage à la suite de la réforme de la Constitution du 23 juillet 2008⁴ qui ouvre ce droit de soulever l'irrecevabilité aux présidents des assemblées eux-mêmes.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel peut vérifier que le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en ne l'ayant pas exercé de manière suffisante ou complète. Il veille à

¹ Cf. LOUBEJAC F., « Sur la suppression de l'autorisation de licenciement », *Dr. soc.* 1986, p. 213.

² Ou le Président de l'assemblée depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.

³ Cf. OLIVA É., *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et constitution*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1997.

⁴ Loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (*JO* 24 juillet 2008, p. 11890) complété par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 (*JO* 11 décembre 2009, p. 21379).

ce que les dispositions législatives soient annulées pour ce que l'on appelle une « incompétence négative ». Paradoxalement, la Haute juridiction créée pour limiter la fonction législative du Parlement l'oblige aujourd'hui à exercer cette fonction au-delà de ce qu'il souhaite : le législateur ne saurait restreindre sa compétence. C'est à l'occasion du contrôle de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail que le Conseil constitutionnel a déclaré que « le législateur [n'avait] pas pleinement exercé sa compétence »¹. En principe, la décision aurait dû conduire à la censure du texte, mais le Conseil constitutionnel a préféré construire ses raisonnements en usant de la technique de la conformité sous réserve d'interprétations. En d'autres termes, le juge constitutionnel critique implicitement l'insuffisance de la loi, mais se refuse à la sanctionner pour incompétence négative ; il semble même reporter, par l'énoncé d'une réserve d'interprétation, la contrainte de constitutionalité sur le pouvoir réglementaire.

Une décision antérieure illustre pourtant parfaitement ce choix : « en prévoyant le principe même de la majoration de l'aide accordée par l'État aux entreprises et en précisant les catégories de bénéficiaires de la majoration [...] il appartiendra toutefois au pouvoir réglementaire, compétent, conformément à l'article 37 de la Constitution, pour fixer le montant de la majoration et pour déterminer les seuils d'effectifs d'ouvriers et les niveaux de rémunération donnant droit à la majoration, de définir ces critères de manière à éviter toute discrimination injustifiée entre entreprises et branches concernées »². La jurisprudence constitutionnelle renvoie à la question de savoir s'il existe véritablement une obligation juridique de légiférer. L'article 34 de la Constitution détermine le domaine de compétence réservé au législateur, mais ne comporte aucune disposition le contraignant à légiférer ; qui plus est, le Conseil constitutionnel est dans l'impossibilité de sanctionner l'absence d'intervention du législateur puisque son contrôle de la loi ne s'opère qu'*a priori*. Les contrôles sont-ils plus efficaces *a posteriori* ?

En aval, le second alinéa de l'article 37 de la Constitution permet de faire déclasser par le Conseil constitutionnel une loi votée et promulguée. Dans ce cas, le Gouvernement a une marge de liberté, car lorsque le Conseil constitutionnel décide qu'une disposition contenue dans un texte législatif a un contenu réglementaire, il peut la modifier ou l'abroger. Dans la mesure où le Gouvernement qui a obtenu le déclassement n'est pas tenu de la modifier immédiatement, il arrive que des textes déclassés restent fort longtemps en vigueur sans être

¹ Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC (Consid. 6 à 9), *JO* 20 janvier 2000, p. 992.

² Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC (Consid. 14), *JO* 14 juin 1998, p. 9033. Soulignons également le considérant 17 : « Il appartiendra aux autorités administratives chargées de l'attribution de l'aide d'éviter toute discrimination injustifiée en tenant compte des efforts de formation consentis par chacune des organisations syndicales concernées ».

modifiés. On ne saurait d'ailleurs si ces textes ont une nature pleinement réglementaire parce qu'ils échappent au contrôle du Conseil d'État tant qu'ils n'ont pas été modifiés. Mais là encore la pratique ne nous permet pas de rendre en compte de l'efficacité de ce type de contrôle, car l'opération de déclassement a été majoritairement effectuée par la voie de la recodification en droit du travail ¹.

En dernier lieu, il convient de s'interroger sur la possibilité de présenter des questions prioritaires de constitutionnalité en matière de droit du travail, dont le régime juridique a été mis en place par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 ² complétée de la loi organique du 10 décembre 2009 ³. Ladite réforme a introduit dans la Constitution un nouvel article 61-1 ⁴, aux termes duquel un recours est offert aux justiciables pour leur permettre non seulement de s'opposer, dans le cadre d'un contentieux en cours, à une disposition législative qui « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », mais encore de faire abroger cette même disposition légale ⁵. Autrement dit, le mécanisme entré en vigueur le 1^{er} mars 2010 ouvre la possibilité à chacun de remettre en cause *a posteriori* la conformité à la Constitution devant une juridiction civile, pénale ou administrative dans des conditions précises.

L'objectif assigné est en réalité de permettre au Conseil constitutionnel de se prononcer, qui plus est par priorité, sur toute question de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'un litige, tout en prévenant l'encombrement puisqu'il est à la charge des juridictions ordinaires d'en supporter les effets. Il convient effectivement à ces dernières de s'assurer de la recevabilité dans son principe de la question posée, et d'apprécier l'opportunité d'une transmission au Conseil constitutionnel. Pour ce faire, il convient de procéder à la distinction suivante : soit la question posée met en jeu une règle à valeur constitutionnelle n'ayant jamais donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel, soit elle s'inscrit dans ce cadre, auquel cas les juridictions ordinaires demeurent juges d'en apprécier la nouveauté et le sérieux ⁶.

¹ Cf. infra.

² Loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *JO* 24 juillet 2008, p. 11890.

³ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *JO* 11 décembre 2009, p. 21379.

Voir PRÉTOT X., « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *JCP S* 2010, 1023.

⁴ Article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

⁵ Article 62, alinéa 2, de la Constitution : « Une disposition législative déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits ou sont susceptibles d'être remis en cause ».

⁶ Article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *JO* 11 décembre 2009, p. 21379.

Dans ces conditions, la Cour de cassation a rapidement commencé à rendre ses premiers arrêts, même s'il a fallu attendre le 18 juin 2010 ¹ pour qu'elle l'examine en matière sociale. L'analyse des premiers arrêts montre à quel point la Chambre sociale est exigeante dans l'interprétation du caractère sérieux de la question posée. En l'état, une seule question prioritaire de constitutionnalité a en effet été transmise au Conseil constitutionnel en ce qui concerne la conformité à la Constitution de la loi du 9 avril 1898 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles ². Les décisions à venir nous éclaireront sans doute sur le sort que la Cour de cassation réserve à cette procédure complexe.

Dans l'immédiat, la doctrine semble partagée sur l'avenir de la question prioritaire de constitutionnalité en droit du travail : les uns se réjouissent du filtrage de la Cour de cassation qui a déjà eu, par le passé, à statuer sur l'interprétation de dispositions législatives à la lumière de principes constitutionnels ³, et qui peut ainsi estimer la procédure inutile ; les autres redoutent que la Haute juridiction freine à l'excès cette arme de justiciabilité ⁴. Au demeurant, nous nous félicitons de la prudence de la Cour de cassation qui, à l'aune des recherches de Gilles Jolivet ⁵, verra vraisemblablement très fertile le domaine du droit du travail. Et même par-delà de la matière travailliste, sur le fondement de principe constitutionnel de clarté, d'intelligibilité de d'accessibilité des règles juridiques.

Ces différentes procédures ainsi exposées, on constate que le contrôle pourrait s'avérer assez efficace, puisque même si le Gouvernement cède une partie de sa compétence au Parlement, souvent par connivence, il peut par la suite reprendre à tout moment ce qu'il a concédé. En effet, le Gouvernement a la faculté de s'opposer aux tentatives d'empiètements du législateur ou s'abstenir de le faire en usant de l'article 41, et peut rétablir le caractère matériellement réglementaire de dispositions organiquement législatives ou s'abstenir de le faire en usant du second alinéa de l'article 37.

D'une manière générale, les juges ont d'une part retenu une interprétation large des termes de la Constitution favorable au législateur, et d'autre part, permis que celui-ci empiète

¹ Cass. QPC, 18 juin 2010 (4 espèces), *JCP S* 2010, 1354, Chron. B. GAURIAU.

² Cass. QPC, 8 juillet 2010, *op. cit.* ; Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *JCP S* 2010, 1361, note G. VACHET.

³ PETIT FR., « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S* 2010, 1352 ; PRÉTOT X., « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation... », *Dr. soc.* 2002, p. 244.

⁴ Cf. PRÉTOT X., « La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions », *JCP S* 2010, 1023 ; RADÉ Ch., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ? », *Dr. soc.* 2010, p. 873.

⁵ JOLIVET G., « Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S* 2010, 1353.

à son aise sur le domaine réglementaire en reconnaissant une portée souple aux divers contrôles. Le franchissement de la répartition des domaines législatifs et réglementaires classiquement dénoncé ne tarit pas en droit du travail, et bien plus encore, il révèle un effet pervers quant au style de la loi.

§ 2. *La loi dans le style réglementaire*

Les réquisitoires contre le style rédactionnel du législateur s'amoncellent depuis plusieurs décennies maintenant, sans que rien n'y fasse, en particulier en droit du travail. Quelles en sont les causes ? Les auteurs s'accordent sur deux d'entre elles. La première correspond à la complexification croissante de la société : ce sont les progrès économiques, techniques et sociaux qui justifient une mise en harmonie du droit avec des faits complexes ; le droit ne peut les ignorer.

La seconde cause consiste à affirmer que la prolifération des règles n'est que le résultat d'un vœu du corps social lui-même, ce qui relève d'un véritable paradoxe entre l'appel permanent au droit et la dévaluation de celui-ci à travers l'inflation législative¹, mettant ainsi en cause la sécurité juridique. Le législateur prend en considération « l'ensemble des facteurs de tous ordres (besoins, aspirations, mouvements d'opinion, situations nouvelles, événements, etc.) [...] »² pour édicter une loi.

Pour ces deux raisons, on considère que la loi est rédigée dans le style réglementaire, c'est-à-dire qu'elle peut être moins générale (A) et moins abstraite (B).

A. La variabilité du caractère général

Le souci de lutter contre la dégradation de la situation de l'emploi conduit le législateur à voter des dispositions législatives toujours plus spéciales, plus précises et détaillées. Les protections initiées par les lois Auroux de 1982 en sont une forte illustration. Ces dispositions mettent en œuvre un programme destiné à réduire l'emploi précaire, à favoriser l'embauche par la réduction de la durée de travail, à faire des travailleurs « des

¹ Soulignons que l'inflation législative n'est pas un phénomène spécifiquement français : Cf. DEBBASCH Ch., *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, éd. CNRS, coll. « Extraits de l'Annuaire européen d'administration publique », 1986.

² CORNU G., *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 12^{ème} éd., 2005, n° 70.

citoyens dans l'entreprise » et à enrichir la « démocratie économique »¹. En définitive, elles sont un empilement, plus ou moins cohérent, de mesures législatives sur lesquelles le Parlement revient ponctuellement. Cet exemple donne d'emblée le sentiment que le législateur a tendance à accumuler les règles de droit, sans se préoccuper de la cohérence d'ensemble des réformes successives qu'il effectue.

D'une manière générale, force est de constater que le législateur règle dans le détail le contenu des textes qu'il vote, alors que ceux-ci ont une vocation générale ; ils doivent en principe être aptes à recevoir un nombre indéterminé d'application, autrement dit être applicables de la même manière et en tous lieux. Le détail est par hypothèse l'apanage du règlement, et non de la loi. C'est à partir du constat de la réglementation tatillonne de la loi qu'il est permis d'affirmer que cette dernière se dénature pour emprunter un aspect réglementaire.

Déjà en 1949, le Professeur Georges Ripert faisait état de la « loi réglementaire »² pour décrire le danger des lois trop détaillées, mais rien n'y a fait. Pour assurer une protection efficace, le législateur n'hésite pas à diversifier ses dispositions en tenant compte de la taille des entreprises, de leurs activités, de l'âge et du sexe des travailleurs, des conditions particulières de travail dans telle ou telle branche d'activité, etc. Par exemple, pas moins de quatre lois se sont succédées en onze ans pour régir les contrats à durée déterminée³. Les textes s'empilent, et il est parfois difficile de connaître la version consolidée d'une règle en raison des multiples versions successives votées qui plus est assez rapidement.

Sous couvert d'aménagement, une réforme peut même opérer un véritable tournant par rapport au droit antérieur grâce à l'adoption de « lois fourre-tout », ou ce que l'on appelle des « diverses dispositions d'ordre social » (D.D.O.S.) rebaptisées par le Gouvernement Jospin « lois portant modernisation sociale ». Dans ce cas, le législateur juxtapose de multiples dispositions, dont les domaines peuvent relever de l'ensemble du droit. La pratique consiste à insérer une disposition étrangère, par sa nature, au domaine de la loi votée, et ce, souvent pour des raisons de simple opportunité. Dès lors, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à priver d'effet les dispositions sans aucun lien avec l'objectif initial du projet de loi⁴.

Citons à cet égard la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006⁵ dans laquelle a été introduit le régime juridique du « contrat première embauche », qui plus est grâce à la

¹ AUROUX J., *Les droits nouveaux des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La documentation Française, 1982.

² RIPERT G., *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. 70.

³ Cf. BORENFREUND G., « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.* 1996, p. 461, spéc. p. 465.

⁴ Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, *JO* 14 décembre 1985, p. 14574.

⁵ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, *JO* 2 avril 2006, p. 4964.

technique de l'amendement prévu à l'article 44 de la Constitution. Ce « cavalier législatif » avait conduit à transformer une loi concise en un texte déstructuré, dont une partie ne concernait plus directement l'objet principal de la loi. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions additionnelles, alors qu'il aurait précisément pu le faire au motif qu'elles étaient « dépourvues de tout lien avec le projet de loi en discussion »¹. Ce fut d'ailleurs l'un des arguments juridiques invoqués lors de la mobilisation anti-CPE². Certes, l'exemple dépend d'un contexte particulier, mais il donne la mesure de la variabilité de la pratique législative.

Les illustrations sont si nombreuses que l'on ne peut toutes les citer. Retenons en dernier lieu que les lois se veulent de plus en plus précises, ce qui leur fait perdre à nouveau toute prétention à la généralité. La précision est une valeur de la loi en soi, mais devient un mal lorsqu'elle frise le pointillisme. En effet, la précision du langage juridique s'impose, mais elle ne doit pas être confondue avec la précision des prescriptions proprement dites. En atteste par exemple le casse-tête des règles relatives à la durée du travail prévues aux articles L. 3111-1 et suivants du Code du travail. À vouloir « tout prévoir »³, le législateur en a oublié sa mission de « modération »⁴, mission pourtant affichée depuis plusieurs siècles. Et l'effectivité de la loi en pâtit.

Selon une partie de la doctrine, le travail législatif « n'est pas de faire de nouvelles lois, mais plutôt de simplifier l'application de celles qui existent déjà »⁵. En dépit de toutes les initiatives prises par les institutions, l'objectif de simplification demeure un vœu pieux en droit du travail⁶. L'étude d'impact⁷ ou l'expérimentation⁸ n'y change rien. L'inflation législative se niche même au sein de chaque article d'une loi sociale. Les malfaçons législatives sont alors amplifiées par l'éclatement des corrections nécessaires entre plusieurs autres textes, voire le texte lui-même, ce à quoi la recodification a tenté de répondre. Mais de

¹ Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, *JO* 14 décembre 1985, p. 14574.

² Cf. ANTONMATTÉI P.-H., « Négociation collective et CPE : le jour d'après », *Dr. soc.* 2006, p. 650 ; CHAGNOLLAUD D., « La constitutionnalité de l'article 8 du projet de loi pour l'égalité des chances », *D.* 2006, p. 804.

³ PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1^{er} pluviôse An IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire, in *Le discours et le code PORTALIS, deux siècles après le Code Napoléon*, Jurisclasseur, Litec, rééd. 2004, p. XXI.

⁴ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1758, rééd. Ellipses, coll. « Philosophique – œuvres », 2003, Livre XXIX, chapitre XVI.

⁵ FIORENTINO A., « La simplification du droit du travail », in *La simplification du droit*, sous la direction de J.-M. PONTIER, PUAM, 2006, p. 251, spéc. n° 6.

⁶ Cf. MOLFESSIS N. (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, coll. « Études juridiques », Tome 5, 1999 ; *D.* 2008, Entretien, Trois questions à J.-L. WARSMANN, p. 336.

⁷ NOURY A., « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *RRJ* 2008, p. 839.

⁸ CHEVALLIER J., « Les lois expérimentales : le cas français », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p. 121.

« longs articles en nombre réduits ou courts articles démultipliés, il faut bien convenir que le choix ne va pas de soi. Encore peut-on espérer que la clarté du style compense la longueur de l'énoncé »¹.

Tel fut en partie le but de la recodification du Code du travail². Or le résultat escompté ne semble pas atteint au vu des critiques doctrinales, ce qui a certainement conduit le ministre Xavier Darcos à mettre en place un énième projet de simplification du droit du travail en février 2010³. Le projet a toutefois été suspendu par son successeur, Éric Woerth, qui considère que ce n'est pas un chantier prioritaire au regard des autres chantiers qu'il a à mener. On le comprend à l'orée de la réforme des retraites, mais on le regrette.

Au regard de la dénaturation de la technique législative ainsi illustrée en droit du travail, il convient de s'interroger : comment restituer à la loi la qualité rédactionnelle qui lui revient ? La question n'est pas nouvelle. De nombreuses institutions ont déjà travaillé sur le sujet pour rendre compte de leurs propositions : les rapports du Conseil d'État⁴, les admonestations du Conseil constitutionnel, les rapports annuels de la Cour de cassation, les circulaires ministérielles⁵, etc. On songe également aux suggestions des rapports de Michel De Virville et de Michel Camdessus consistant à « assouplir le carcan juridique qui pèse sur les parties à la relation de travail »⁶. Le premier propose l'instauration d'un contrat de projet⁷, le second celle d'un contrat de travail unique⁸. L'un comme l'autre demeurent toutefois à l'état de proposition.

La problématique de l'inflation législative semble néanmoins prendre un tour plus ferme depuis quelques années grâce à la prise de position du Conseil constitutionnel. Celui-ci impose en effet une acception plus exigeante des termes de l'article 34 de la Constitution : la loi doit être claire, intelligible et accessible. Tout d'abord, il affirme expressément que la loi doit être « suffisamment précise pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution »⁹ ; puis, il énonce que la clarté de la loi est un principe constitutionnel qui découle de l'article 34, même si ce fondement paraît pour le moins surprenant aux yeux des

¹ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009, p. 219.

² Cf. infra.

³ Lettre ministérielle, 17 février 2010, *JCP S* 2010, Act. 113.

⁴ Notamment : Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La documentation Française ; Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française.

⁵ Par exemple : Circulaire relative au respect des articles 34 et 37 de la Constitution du 19 janvier 2006, *JO* 20 janvier 2006, p. 1002.

⁶ FIORENTINO A., *op. cit.*, spéc. n° 53.

⁷ DE VIRVILLE M., *Pour un Code du travail plus efficace*, La documentation Française, 2004.

⁸ CAMDESSUS M., *Le sursaut, Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation Française, 2004.

⁹ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC (Consid. 16), *JO* 14 juin 1998, p. 9033 ; 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, *JO* 20 janvier 2000, p. 992.

constitutionnalistes¹. En somme, il rejoint l'exigence de clarté à celle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qu'il a déjà érigé en objectif de valeur constitutionnelle sur le fondement des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789².

Cette position³, réitérée en 2008⁴, rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite »⁵. En d'autres termes, la parade à la variabilité du caractère général de la loi peut se résumer ainsi : une disposition énonçant une règle en termes confus ou équivoques est privée d'effet si elle fait obstacle au principe constitutionnel de clarté de la loi et méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle de son intelligibilité et de son accessibilité. En sera-t-il de même du caractère abstrait ?

¹ GATÉ J. et GÉLY M.-L., « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement – article 34 », in *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, sous la direction de Fr. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, Economica, 3^{ème} éd., 2009, p. 879, spéc. p. 898.

² Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC (Consid. 10) à propos de la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *D.* 2004, somm. 3029, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT. Voir aussi la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *JO* 18 janvier 2002, p. 1053, *Dr. ouvrier* 2002, p. 44, note B. MATHIEU.

³ À cet égard, on est en droit de se demander si la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité mise en place par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne contribuera pas à accentuer cette tendance (Cf. supra).

⁴ Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, *JO* 21 août 2008, p. 13079.

⁵ CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, A/30.

B. La variabilité du caractère abstrait

La loi est dite abstraite en ce qu'elle est impersonnelle, qu'elle vaut pour tous. Cependant, les difficiles arbitrages politiques auxquels conduit l'élaboration des lois travaillistes laissent entrevoir son instrumentalisation, qu'à nouveau le juge constitutionnel tente de résorber.

La loi serait devenue plus un acte politique qu'un acte de raison compte tenu des changements de majorité politique, voire de simples basculements des choix politiques. Le professeur Gérard Lyon-Caen accusait le législateur en 2001 d'être sensible à la recherche politicienne d'un compromis entre les différentes composantes de la majorité plurielle, et le Gouvernement de transformer, à travers ses bureaux et ses cabinets, le Parlement en une « simple chambre d'enregistrement »¹. On le sait, les projets de lois sont le fruit du travail des bureaux des ministères ou des commissions d'experts, qui oeuvrent sous l'égide du Gouvernement souvent aux prises avec l'instabilité ministérielle. C'est particulièrement vrai en droit du travail pour lequel les politiques de gauche et de droite alternent protection accrue des salariés et compétitivité des entreprises.

Sans tomber dans la caricature, on constate régulièrement que la nouvelle majorité s'empresse de modifier (parfois de supprimer) les dispositions adoptées par ses prédécesseurs. Par exemple, les lois Fillon n'ont-elles pas démantelé les lois Aubry ? Et la situation est telle que les ministres successifs n'ont parfois pas d'autre but que d'apporter leur contribution à l'édifice Gouvernemental par l'adoption d'une loi nouvelle désignée par le nom de son propre instigateur. N'associe-t-on pas la réduction du temps de travail aux lois Aubry que les lois Fillon auraient ainsi démantelées ? Il s'agit d'une personnification excessive de la loi liée à la pression médiatique à laquelle s'ajoute celle des milieux professionnels tels les lobbies².

Ces groupes agissent par pression sur les pouvoirs publics en vue d'obtenir l'octroi d'avantages matériels ou le soutien de positions idéologiques. D'origine tant politique qu'associative ou syndicale, ils entretiennent des rapports très privilégiés dans l'élaboration des règles avec pour objectif prioritaire la défense et la promotion des intérêts de la catégorie sociale qu'ils représentent. Par conséquent, le législateur répond à des revendications

¹ LYON-CAEN G., « L'État des sources du droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p. 1031.

² Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française, p. 256 : « *Les citoyens, les syndicats et les groupes de pression conservent une déférence pour la loi et ses effets nécessairement bénéfiques, qui ne s'est guère démentie pendant les législatives successives. Il en résulte une constante pression en faveur de l'élaboration de nouvelles lois* ».

Cf. FAGES F. et ROUVILLOIS Fr., « Lobbying : la nouvelle donne constitutionnelle », *D.* 2010, p. 277.

catégorielles précises et formalisées, résultats d'un militantisme organisé, qui s'éloigne du caractère abstrait de la loi. Cette dernière ne serait donc plus le mode d'expression de la volonté générale, mais de la volonté exprimée par quelques-uns, notamment à travers les groupes de pression, voire par un seul.

La tendance est à garnir les ordres du jour des Conseils des ministres de projets de lois pour donner le sentiment que le Gouvernement ne cesse d'agir et d'entretenir ainsi « l'illusion d'une gouvernance par la loi »¹. La loi devient un effet d'annonce ; elle n'est donc même plus un mode d'expression de la volonté générale, mais un mode de communication pour satisfaire la volonté générale.

La loi ne s'impose plus d'elle-même, parce que le législateur est contraint de scruter les réactions de ses futurs destinataires ; en cas de contestation, mieux vaut retirer les projets de lois ou faire modifier les dispositions critiquées. Par exemple, le Président de la République, Jacques Chirac, a cédé au pouvoir de la rue² en déclarant le 31 mars 2006 qu'il avait décidé de promulguer la loi relative à l'égalité des chances, instaurant le contrat première embauche tant décrié, mais d'en interdire l'application en raison des inquiétudes qui s'étaient exprimées. Cette promulgation est d'un genre nouveau au point de se voir qualifiée de « promulgation virtuelle »³. En effet, le texte relatif au contrat premières embauches est existant, mais inapplicable. Ne pas concevoir l'abrogation de ce texte signifie-t-il le refus de la part du Gouvernement de son échec politique ? Au demeurant, force est de reconnaître que cette illustration est à nouveau la preuve d'une dénaturation de la loi.

Comment contrôler les dérives parlementaires ? Le Conseil constitutionnel a la charge de traquer les déclarations de bonnes intentions, qu'on qualifie variablement de rites incantatoires ou neutrons législatifs. Pour ce faire, il a décidé dès 2002⁴ qu'un énoncé sans portée normative ne peut figurer dans la loi car celle-ci se définit précisément par sa portée normative : elle prescrit, elle interdit, elle autorise, etc. Cependant, la lutte que le juge constitutionnel s'est lui-même assignée est délicate car il ne lui appartient pas de porter un jugement de valeur sur la rédaction des lois : sur quel fondement d'ailleurs peut-il s'opposer au choix des mots, du style, de la longueur du texte ou encore du degré de technicité ?

¹ SCHWARTZ R., « Éditorial », *Les cahiers de la fonction publique*, n° spécial, mars 2006, p. 3.

² Lycéens, étudiants, salariés, fonctionnaires, toutes classes sociales confondues se tenaient la main en mai 2005.

³ Cf. *RTD civ.* 2006, p. 182 ; DELVOLVÉ P., « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909 ; GLÉNARD G., « La conception matérielle de la loi, 1 – La loi ordinaire », *D.* 2005, p. 922 ; SABETE W., « L'exception de la loi de programme », *D.* 2005, p. 930.

⁴ Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500, *JO* 30 juillet 2004, p. 13562 ; 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *JO* 24 avril 2005, p. 7173.

Conscient de la difficulté de cette tâche, le Conseil constitutionnel semble vouloir rassurer ses détracteurs en affirmant de manière répétée la formule suivante : « le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne saurait ainsi rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »¹.

Par mimétisme, une Charte de qualité de la réglementation a été signée le 26 juillet 2004² pour définir les instruments dont le ministère doit se doter pour permettre notamment d'établir les objectifs de réduction du volume des textes. Il s'agit d'un cadre général fourni par le ministre à ses services afin qu'ils prennent en compte dans leurs travaux rédactionnels le souci de qualité de la réglementation.

Dans le même sens, une circulaire du directeur du cabinet du Premier ministre du 19 janvier 2006 relative au respect des articles 34 et 37 de la Constitution demande aux ministres et à leurs directeurs de cabinet « de veiller à ce que les projets de loi dont vous saisissez le Premier ministre en vue de leur transmission au Conseil d'État soient exempts de toute disposition réglementaire ou non normative. Le secrétaire général du Gouvernement s'assurera du strict respect de cette instruction. Par ailleurs, je demande que l'avis du Conseil d'État soit bien suivi, s'il conduit à disjoindre des dispositions du projet de loi au motif qu'elles ne relèvent pas du législateur. Enfin, vous n'omettez pas de saisir le cabinet du Premier ministre des projets d'amendements aux textes en discussion, afin que celui-ci en liaison avec le secrétariat général du Gouvernement s'assure de leur caractère législatif »³. Et le débat sera certainement revivifié en raison de la rédaction du nouvel article 34-1 de la Constitution qui reconnaît expressément aux assemblées le pouvoir de voter des résolutions. Il est permis de craindre alors une recrudescence de « lois mémorielles » : le Parlement pourra-t-il tout dire pour renoncer à légiférer⁴ ? L'avenir nous le dira.

À tout le moins, l'enjeu réside dans la prise de conscience par le politique de l'exigence qualitative de la loi. Il faut une réelle volonté d'endiguer l'hémorragie législative du droit du travail, qui commence par la connaissance de l'existence même des dispositions ou celle de leur sens exact. Le Professeur Georges Borenfreund propose à cet effet de rendre

¹ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC (Consid. 27), *JO* 14 juin 1998, p. 9033.

² Charte de qualité de la réglementation, 26 juillet 2004, *BOC/PP* 23 août 2004, n° 35, p. 4526.

³ Circulaire relative au respect des articles 34 et 37 de la Constitution du 19 janvier 2006, *JO* 20 janvier 2006, p. 1002.

⁴ Cf. rapport de J.-L. WARSMANN, *Doc. AN* n° 1009, du 2 juillet 2008, p. 248 (MOYSAN H. « À propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », *D.* 2007, p. 3029).

le droit du travail plus transparent ¹. Il préconise de renvoyer aux modalités de diffusion du savoir juridique, mais également à l'idée selon laquelle une règle transparente doit être lisible, compréhensible à la lecture, indépendamment de son inépuisable interprétation. La suggestion ne paraît pas inconcevable, mais là encore il ne suffit pas de nouvelles bonnes intentions pour faire taire paradoxalement les bonnes intentions décriées.

La variabilité du caractère général et abstrait de la loi démontre le problème d'accessibilité du droit du travail tant matérielle qu'intellectuelle. Les diverses causes d'insécurité juridique consécutive à l'inflation législative ne constituent que des « excuses qui ne sont pas des justifications » ². C'est même la mauvaise assimilation des règles par le corps social qui incite le législateur « à multiplier les définitions et explications, au risque de s'embrouiller dans les détails » ³, raison pour laquelle nous nous rallions à la suggestion raisonnée du Professeur Georges Borenfreund.

En conclusion, les empiètements de la loi sur le règlement sont variables : non seulement le législateur profite de son intervention pour préciser certaines modalités d'application d'une loi, voire toutes ses modalités d'application, mais il intervient également au-delà de sa compétence tant sur des questions fondamentales que secondaires. L'extension permanente de la compétence du Parlement conduit à freiner, voire stériliser, toute action gouvernementale autonome car, dans la pratique, tout doit finalement être décidé par le Parlement avant d'être mis en œuvre par le Gouvernement. Paradoxalement, le Parlement a miné son propre pouvoir. Il est contraint de confier au Gouvernement une partie de sa mission de légiférer. Les textes sont alors dit réglementaires « à valeur législative ».

¹ BORENFREUND G., « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.* 1996, p. 461.

² SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. p. 43.

³ SAVATIER R., *op. cit.*, spéc. p. 47.

SECTION 2

DES TEXTES RÉGLEMENTAIRES « À VALEUR LÉGISLATIVE »

Par textes réglementaires « à valeur législative », on entend les textes organiquement réglementaires dont les dispositions sont matériellement législatives. L'autorité exécutive a édicté un texte qui prend autorité de loi à la suite d'une procédure particulière. Il s'agit principalement des ordonnances de l'article 38 de la Constitution (§ 2). Mais avant d'expliquer en détail ce type de textes, examinons la variabilité de nature dont font preuve les décrets et arrêtés ordinaires (§ 1).

§ 1. Les décrets et arrêtés ordinaires

Comme la loi, le règlement est en crise : l'inflation législative rime avec l'inflation réglementaire. La prolifération, légitime ou non, de la loi a nécessairement des incidences sur le volume des règlements qui les exécutent. Elle fait naître une myriade de décrets et d'arrêtés réglant dans les détails les conditions d'application du texte initial. Un ballet de décrets peut accompagner la loi¹ : décrets de présentation ou de dépôt, de promulgation et d'application. La diversité du règlement trouble parfois la logique du système normatif, et la pratique conduit à mettre en doute le postulat selon lequel il serait au service de la loi. En effet, si en principe, le règlement n'a la possibilité d'être autonome qu'en considération de la loi qui le cantonne hors de la sphère législative, le décret d'application inhérent à la loi préexistante, ne légifère-t-il pas lui-même ?

Pour y répondre, examinons la nature originelle du règlement. Relevant d'une catégorie très hétérogène, il recherche en permanence sa raison d'être dans la mesure où aucune définition précise n'a pu lui être apportée. D'une manière générale, on peut toutefois le définir comme étant l'acte du pouvoir réglementaire par lequel les autorités exécutives sont amenées à préciser les conditions d'application de la loi, à procéder à son application, ou régir

¹ GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 23^{ème} éd., 2009, p. 730.

une matière autre que celles réservées à la loi. Le Gouvernement a une sorte d'emprise sur l'exécution de la loi dans la mesure où il est chargé de son suivi. C'est même une obligation d'assurer l'application de la loi aux termes de l'article 21 de la Constitution. Le Premier ministre est habilité à prendre les décrets nécessaires à la mise en œuvre de la loi.

La part réglementaire du droit du travail est indubitablement variable dans sa forme, dans son objet et à travers la diversité des autorités compétentes pour les édicter : l'organisation des conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale sont régies par des textes créés et modifiés par des décrets, l'hygiène et la sécurité font l'objet d'une multitude de dispositions infra-législatives, la loi renvoie à un décret en Conseil des ministres et à des arrêtés interministériels la fixation périodique du taux du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), des arrêtés ministériels procèdent à l'extension des conventions collectives, des arrêtés préfectoraux se rencontrent en matière de dérogation à la fermeture hebdomadaire des établissements pour assurer le repos hebdomadaire des salariés, etc.

Le Gouvernement dispose alors d'une marge d'autonomie assez importante dans l'élaboration des règles en droit du travail, d'autant que le Conseil constitutionnel impose au Parlement de lui laisser ainsi le champ libre. Cette obligation de principe octroie même au Gouvernement, de manière inavouée, une sorte de « droit de veto suspensif à l'entrée en vigueur des lois »¹ : la rédaction des règlements peut en effet être retardée par le travail lent de l'administration, voire par des influences occultes.

Cette situation se rencontre souvent lors d'échéances électorales ; une mesure attendue avec impatience peut faire l'objet d'une loi avant les élections, mais son application être différée. Les Principes parlementaires ont dénoncé le mauvais vouloir de l'administration et œuvré pour l'organisation d'un suivi plus efficace. À cet effet, la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 dispose dans son article 67 qu'« à l'issue d'un délai de six mois suivant la date d'entrée en vigueur d'une loi, le Gouvernement présente au Parlement un rapport sur la mise en application de cette loi [...] »². La mesure a-t-elle porté ses fruits ? Le dernier rapport annuel du Sénat salue les efforts fournis en soulignant que « 82 % des mesures parues ont été publiées dans le délai de six mois après publication de la loi »³. On se réjouit de tels progrès accomplis tant les difficultés engendrées par une absence, voire un retard dans l'adoption de mesures d'application sont importantes. Néanmoins, il est permis de s'interroger sur la véracité des résultats présentés.

¹ LIBCHABER R., « Le décret d'application, norme paradoxale », *RTD civ.* 1998, p. 788.

² Loi n° 2004-1343, 9 décembre 2004, art. 84-I, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

³ Sénat, *Rapport annuel de contrôle d'application des lois*, 16 décembre 2009, p. 5.

Quel crédit accorder à ces statistiques ? L'analyse d'Hervé Moysan conduit, à juste titre, à relativiser les taux annoncés ¹, notamment au motif de la difficulté de disposer d'un outil de mesure pertinent. Paradoxalement, un autre chiffre l'indique : depuis 2000, le suivi réglementaire oscillerait entre 14 % et 16 % des lois promulguées ². Force est de reconnaître que l'arsenal incite peu à l'édiction des mesures d'application. Peut-on espérer une meilleure efficacité de la sanction administrative encourue ?

En tant que « gardien des matières législatives » ³, le Conseil d'État dispose à cet égard de quelques armes. Tout d'abord, un recours pour excès de pouvoir peut être invoqué par toute personne ayant intérêt à agir contre un acte suspecté d'illégalité, et notamment les parlementaires qui argueraient précisément de l'empiètement du pouvoir réglementaire sur leur champ de compétence. Le juge administratif doit alors en prononcer l'annulation ⁴, dans la mesure où la méconnaissance de la compétence législative constitue une violation de la Constitution. La même sanction peut être prononcée en cas de refus de prendre les mesures d'application nécessaires. En cette hypothèse, il a même la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour faute.

L'efficacité de la protection est en théorie absolue, mais en pratique, les conditions de saisine du Conseil d'État altèrent quelque peu ce contrôle : il ne peut en effet être saisi que dans les deux mois qui suivent la promulgation du texte, et seulement par des particuliers ayant un intérêt à agir. De plus, la Haute juridiction n'est enfermée dans aucun délai pour rendre ses arrêts, ce qui laisse du temps durant lequel le règlement illégal continue à produire effet. Pour y remédier, le Conseil d'État a la faculté d'utiliser une deuxième arme : il peut exiger l'adoption d'un décret ayant trop tardé en usant de son pouvoir d'injonction. Le juge administratif apprécie alors l'importance du retard pris : soit il estime ce dernier justifié, soit il impose un délai supplémentaire, au terme duquel le règlement devra être adopté sous peine d'astreinte ⁵.

Pour efficaces qu'elles puissent paraître, ces armes ne sont pas utilisées de manière systématique. La protection du domaine législatif comporte des failles qui ne se retrouvent pas dans la protection du domaine réglementaire. De surcroît, la dualité du contrôle de compétences risque de créer des divergences jurisprudentielles. Le constituant en était conscient puisqu'il a posé, au second alinéa de l'article 62 de la Constitution, le principe selon

¹ MOYSAN H., « De la mise en application de la loi », *JCP S* 2010, Libres propos 109.

² Sénat, *Rapport annuel de contrôle d'application des lois*, 16 décembre 2009, p. 44.

³ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008.

⁴ Par exemple : CE, 27 juillet 2001, *Fédération des transports FO, Dr. ouvrier* 2002, p. 211, note F. SARAMITO et A. DE SENGAS.

⁵ Pour des exemples : Cf. CHAPUS R., *op. cit.*.

lequel les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » ; mais il ne l'avait assorti d'aucune sanction, d'autant plus que le Conseil d'État avait laissé planer un doute jusqu'en 1985 ¹.

Le risque a effectivement été réduit en jurisprudence dans les années 1980, et le sera d'autant plus grâce à l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité créée à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ². Reste à mesurer à l'avenir les implications de cette révision constitutionnelle en droit du travail. Les mêmes constats peuvent-ils être soutenus à l'égard des ordonnances ?

§ 2. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution

Afin de rendre ses dispositions plus acceptables et donc plus effectives, le législateur confie ponctuellement sa mission au Gouvernement en usant de la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. La multiplication des ordonnances en 2005 témoigne de la délégation sans précédent que le législateur peut effectuer ³.

Le passage en force par le biais de cette procédure constitutionnelle soulève de nombreuses controverses qu'il convient d'éclaircir. À notre sens, la particularité des ordonnances réside dans la variabilité duale suivante : elles peuvent avoir une valeur législative d'ordre procédural (A) ou d'ordre substantiel (B).

A. Une valeur d'ordre procédural

Le Conseil d'État observe lui-même le phénomène dans son rapport annuel de 2006 : « le recours aux ordonnances est devenu le principal mode de législation » ⁴. C'est en réalité aux anciens décrets-lois contestés de la III^e et IV^e République qu'ont succédé les ordonnances prévues formellement à l'article 38 de la Constitution. En vertu de ce texte, le Gouvernement a la faculté de demander au Parlement l'autorisation de prendre des mesures

¹ DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », 1991, p. 291 et suivantes.

² Article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Il est à noter que ce nouvel article est susceptible d'offrir des stratégies novatrices de défense des droits des travailleurs, et d'apporter une nouvelle illustration à l'idée selon laquelle le droit du travail se constitutionnaliserait.

³ GAURIAU B., « Droit du travail : sur quelques ordonnances récentes (article 38 de la Constitution) », *Dr. soc.* 2006, p. 615.

⁴ Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française, p. 270.

temporaires par cette voie exceptionnelle. En d'autres termes, il est permis au Parlement d'étendre temporairement par une loi d'habilitation la compétence réglementaire du Gouvernement qui se trouve ainsi autorisé, dans des secteurs bien déterminés, à légiférer par ordonnances. Elle n'est pas une technique propre au droit du travail, mais cette discipline a contribué à soulever la controverse quant à la méthode législative.

Plusieurs conditions sont requises pour consentir ainsi au Gouvernement le pouvoir de légiférer par la voie des ordonnances. Il faut tout d'abord une loi d'autorisation adoptée selon la procédure législative habituelle, ce qui implique que le Gouvernement a la faculté d'exercer toutes les prérogatives constitutionnelles expliquées précédemment. Si l'article 38 dispose que le législateur autorise le Gouvernement à faciliter « l'exécution de son programme », celui-ci est entendu *lato sensu*. Il n'oblige qu'à indiquer avec précision la finalité des mesures à prendre¹. À ce titre, le projet de recodification du Code du travail en est une parfaite illustration : le Gouvernement souhaite lui redonner toute son utilité en le rendant davantage accessible et intelligible.

Dans le cas où les précisions sont insuffisantes, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à utiliser la technique des décisions de conformité sous réserve d'interprétation que le Gouvernement devra alors observer sous le contrôle éventuel du Conseil d'État. Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel contestant la constitutionnalité du projet de recodification du Code du travail ont essuyé en vain cet argument. Et naturellement, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à rappeler que la loi d'habilitation ne saurait « avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement [...] du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle »² au rang desquels se trouve la répartition des compétences législatives et réglementaires.

Une fois ces conditions requises et prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, les ordonnances entrent en vigueur dès leur publication et ont la nature de règlement ordinaire. Néanmoins, elles doivent être déposées aux fins de ratification devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ; date à partir de laquelle les ordonnances conservent leur nature réglementaire, tandis qu'elles ne peuvent plus être modifiées par le Gouvernement selon la doctrine³. Si cette exigence purement formelle de dépôt n'est pas respectée, il est dit que les ordonnances sont frappées de caducité. Cette nature

¹ Cons. const., 12 janvier 1976, n° 76-72 DC, *JO* 13 janvier 1976, p. 343.

² Cons. const., 2 juillet 1986, n° 86-208 DC, *Rec.* p. 78.

³ Cf. PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIAN F., *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 29^{ème} éd., 2010 ; GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 23^{ème} éd., 2009 ; *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, sous la direction de Fr. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, Economica, 3^{ème} éd., 2009.

hybride se rencontre également lorsque les ordonnances régulièrement déposées ne sont pas ratifiées par le Parlement. Tel n'est pas le cas de l'ordonnance du 12 mars 2007¹ relative au code qui fut ratifiée par la loi du 21 janvier 2008², mais il convenait de le mentionner pour insister sur la nature variable de ce texte.

Il est à observer que la ratification confère aux ordonnances un caractère législatif de manière rétroactive au jour de leur édicition³. De ce fait, une défiance naît à leur égard, d'autant qu'elle n'émane d'aucune représentation démocratique, mais en quelque sorte d'une dégradation supplémentaire du partage des compétences législatives et réglementaires. À tout le moins, le Conseil d'État les considère comme des actes de nature réglementaire soumis au contrôle de légalité des juridictions⁴.

En définitive, les ordonnances ont une nature variable : elles peuvent être de nature législative ou réglementaire, et dans ce dernier cas, avec ou sans possibilité de les modifier. Incontestables sur le plan juridique, elles le sont quelquefois dans leurs conséquences pratiques. Le Gouvernement a souvent utilisé cette procédure dans l'intérêt de faire adopter certaines dispositions litigieuses par sa majorité parlementaire. Le passage en force du « contrat première embauche » dans la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006⁵ en atteste. D'une manière générale, la procédure des ordonnances de l'article 38 de la Constitution est utilisée pour transposer le droit communautaire, pour simplifier et/ou recodifier le droit. Les ordonnances acquièrent dès lors une valeur législative cette fois d'un point de vue substantiel.

B. Une valeur d'ordre substantiel

Les ordonnances acquièrent une « valeur législative » d'ordre substantiel dans trois domaines distincts : lors de la transposition du droit communautaire, de la simplification du droit et de sa codification. L'hypothèse la plus caractéristique du droit du travail est celle de la codification, ou plus précisément de la recodification du Code du travail. C'est pourquoi, nous nous pencherons plus spécialement sur cette question.

¹ Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *JO* 13 mars 2007, p. 4740.

² Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, *JO* 22 janvier 2008, *JCP S* 2008, 1074.

³ PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANEN F., *op. cit.*, spéc. p. 272.

⁴ Sous réserve de l'exercice du droit d'opposer une exception d'irrecevabilité par le Gouvernement en vertu de l'article 41 de la Constitution.

⁵ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, *JO* 2 avril 2006, p. 4964.

Compte tenu du thème de notre recherche, il est tentant pour nous de se poser la question de savoir si la recodification s'est réellement faite à droit constant¹. N'est-elle pas une recodification à droit variable ? Les lignes qui suivent vont tenter d'y répondre.

Chargé d'histoire et de symboles politiques, le Code du travail est un « Code de la démocratie économique »², pour lequel on a pu suggérer « l'image d'un corpus cohérent, mettant en œuvre certaines valeurs de justice, et durablement installé »³, ou encore l'« effet d'écrin »⁴ de sa codification, pourtant imputable à une « codification de genre mineur »⁵. Néanmoins, dès son entrée en vigueur, le Code du travail a épousé toutes les variations des rapports de force sociaux : « jamais un code n'a été aussi vivant que le Code du travail »⁶, autrement dit jamais un code n'a été autant variable.

On prête au Code du travail les mêmes maux que ceux de la loi. Ses dispositions seraient victimes de l'inflation, de la boulimie législative⁷ ; elles seraient trop éparées, trop rigides, au point que certains posent la question de savoir s'il ne faudrait pas le « brûler »⁸. Il est dit saturé, miné de défauts intrinsèques nécessitant un véritable toilettage selon une grande partie de la doctrine⁹. Les critiques sont récurrentes. Au fil du temps, l'outil est devenu techniquement complexe, immanquablement obèse et paradoxalement incomplet.

D'innombrables textes instables, modestes ou imposants¹⁰, ont alourdi le Code du travail sans compter les textes non codifiés. Dans son rapport de 2006, le Conseil d'État a mis l'accent sur le fait qu'« en dépit des ambitions annoncées, le système juridique français n'échappe pas à la logique de la sédimentation, consistant à prendre successivement des textes

¹ Le Professeur Rémy Libchaber s'interroge déjà en 1997 « sur l'effet novatoire de la codification à droit constant » à propos d'un arrêt de la Chambre criminelle en date du 16 octobre 1996, selon lequel « l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification "à droit constant" ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée » (RTD civ. 1997, p. 778).

Plus récemment, Daniel Boulmier examine le cas des employés de maison pour affirmer que « la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance » (JCP S 2008, 1625).

² COUTURIER G., « La codification du droit du travail », in *Rapport et débats du IXe siècle Congrès de la SIDTSS*, R. W. Éd., Heidelberg, 1978, p. 844 ; *Traité de droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Droit fondamental », Tome 1, 3^{ème} éd., 1996, n° 26.

³ JEAMMAUD A., « La codification en droit du travail », *Droits* – 27, 1998, p. 161, spéc. p. 168

L'auteur note que c'est une des raisons pour lesquelles il est possible de rejeter la formule pourtant séduisante de François Ewald (« le droit du travail : une légalité sans droit », *Dr. soc.* 1985, p. 723).

⁴ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. « Champs », 2006, p. 8.

⁵ JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 168.

⁶ FILOCHE G., *La vie, la santé, l'amour sont précaires. Pourquoi le travail ne le serait-il pas ? Faut-il brûler le Code du travail ?*, J.-C. Gawsewitch Editeur, coll. « Coup de Gueule », 2007, p. 94.

⁷ Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française.

⁸ Voir notamment : TEYSSIE B., « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559.

⁹ « Pour ce temps, où le "bon sens" fait ressasser que "trop de droit tue le droit", alors que la demande de textes et de comblement de prétendus "vides juridiques" ne se tarit guère. C'est dire combien le problème est redoutable ! » (JEAMMAUD A., « Un code allégé ? », *Dr. soc.* 1993, p. 639).

¹⁰ Pour une présentation schématique de ces textes : PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 2008, 24^{ème} éd., p. 24, n° 22.

sur le même sujet sans réévaluation d'ensemble des dispositifs et sans abrogation en conséquence de tout ce qui est devenu inutile, superfétatoire, redondant ou obsolète »¹.

Une fraction de la doctrine suggère de rassembler les règles travaillistes en un document unique en préconisant la recodification du Code du travail, et ce dès les années 1980². Plusieurs travaux ont été entrepris afin de faire le point sur ses insuffisances et proposer les orientations ultérieures³ sans qu'ils ne fassent pour autant l'objet d'un suivi. En pratique, le désordre est devenu tel que le législateur a institué en 1996 un office parlementaire d'évaluation de la législation, dont l'objet est de « procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit »⁴. Une circulaire en date du 30 mai 1996, suivie d'un programme général de codification, définit les grandes lignes de cette mission sous l'égide de la Commission supérieure de codification créée en 1989 : la codification du droit existant doit s'effectuer à droit constant. La lecture de l'article 84 de la loi d'habilitation du 9 décembre 2004 est limpide quant au choix de méthode : « le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des parties législatives [du Code du travail] afin d'inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification »⁵. Un pas est franchi : le Code du travail va se voir recodifié par la voie d'une ordonnance en vertu de l'article 38 de la Constitution.

Il est dit toutefois que « l'imagination des recodificateurs est fortement bridée »⁶ car le texte ajoute que « les dispositions codifiées [...] sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet »⁷. Par conséquent, les seules modifications possibles sont celles « autorisées, en nature comme en volume, par cet arsenal méthodologique et déontologique »⁸. Cette précision semble peu discutable⁹, parce que

¹ Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française.

² L'idée de décodification était même présente dès les années 1960 dans la doctrine qui invoquait les mêmes insuffisances qu'aujourd'hui (Cf. LYON-CAEN G., « Faut-il refaire un Code du travail ? », *D.* 1966, chron. VII).

³ Voir notamment : CORNU G., *Pour une remise en forme de la codification du droit du travail*, La documentation Française, 1981.

⁴ Loi n° 96-516, 14 juin 1996, *JO* 15 juin 1996, p. 12981.

⁵ Loi n° 2004-1343 (article 84) du 9 décembre 2004, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

⁶ BARTHÉLÉMY J., « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *SSL* 14 janvier 2008, n° 1336, p. 7, spéc. p. 8.

⁷ Loi n° 2004-1343 (article 84), 9 décembre 2004, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

⁸ BARTHÉLÉMY J., *op. cit.*, spéc. p. 8.

l'exigence de droit constant peut difficilement être respectée en tant que telle¹. Elle était déjà apparue tant dans la circulaire du 30 mai 1996 (qui concerne toutes les codifications) que, s'agissant du Code du travail précisément, dans la loi d'habilitation du 30 décembre 2006 qui a complété celle du 9 décembre 2004².

Peut-on considérer alors que le principe de codification à droit constant³ s'oppose à l'idée de variabilité. En principe, la codification consiste à ne faire aucune modification au fond. Purement formelle⁴, elle se définit comme la « codification administrative (par décret) de textes préexistants reclassés selon leur nature (partie législative, partie réglementaire) non modifiés en substance ; [il s'agit de] réunir en un code, moyennant les modifications de forme nécessaires, mais à l'exclusion de toute modification de fond, toutes les dispositions existantes en la matière »⁵. Codifier signifie donc élaborer un code. Ce n'est ni simplifier, ni moderniser par hypothèse car aucun changement ne doit être effectué⁶. Il est interdit de corriger les imperfections substantielles, de changer le sens ou la portée des textes, d'introduire de nouvelles dispositions. La codification n'est que la réorganisation de textes préexistants non classés ; on les rassemble en un tout, « en un corps de droit (de lois ou/et de décrets) les règles qui gouvernent une matière, les réunir en un »⁷. La technique s'oppose ainsi à toute idée de variabilité.

À la suite d'une opération de codification, un nouveau besoin de rationalisation peut se faire sentir : on propose alors la recodification, c'est-à-dire qu'il s'agit de réorganiser des textes déjà codifiés, voire de rassembler d'autres textes non codifiés à cet ensemble. Dans la mesure où l'exercice est différent, tant sur la méthode que sur l'objectif, la recodification n'est pas non plus variable par nature. Le contenu des textes recodifiés demeure stable : les règles restent identiques, ce sont leurs agencements qui se modifient. Elles conservent leur portée juridique originaire, ce qui peut poser des problèmes délicats lorsque la codification ne respecte pas strictement les textes qu'elle rassemble.

⁹ Alors même que le guide de légistique accessible sur le site de Légifrance, exige que « *le code organise et présente les textes dans leur rédaction en vigueur au moment où il intervient* ».

¹ MOYSAN H., « Le droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail », *JCP S* 2007, Act. 185.

² Loi n° 2004-1343 (article 84), 9 décembre 2004, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

³ Principe que le Conseil constitutionnel se refuse de qualifier principe constitutionnel *a priori*, si l'on souligne l'emploi des guillemets pour le citer dans la décision du 17 janvier 2008 (Cons. const., 17 janvier 2008, n° 2007-561 DC (Cf. BERNAUD V., « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil constitutionnel tranche... », *Dr. soc.* 2008, p. 424).

⁴ Cf. SUEL M., *Essai sur la codification à droit constant, précédents-débuts-réalisation*, Direction des Journaux Officiels, 2^{ème} éd., 1995, p. 139.

⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V° « Codification ».

⁶ Cf. OPPEIT B., *Essai sur la codification*, PUF, coll. « Droit, Étique et Société », 1998.

⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007 ; GUINCHARD R. et MONTAGNIER G. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, V° « Codification ».

Afin de percevoir la notion de recodification, il est indispensable de dissocier les deux façons de la décliner : elle peut s'effectuer dans la lettre ou dans l'esprit. La première hypothèse implique qu'aucun mot ne soit changé, qu'aucun article ne soit scindé, qu'aucun reclassement ou déclassement ne soit effectué, tandis que la seconde le permet dans une moindre mesure. C'est précisément cette démarche qui s'est entreprise lors de la mission de recodification du Code du travail, débutée le 15 février 2005¹ sur l'initiative de Gérard Larcher, ministre délégué aux relations du travail de l'époque, et adoptée le 19 décembre 2007 (pour la partie législative à tout le moins). L'article 57 de la loi du 30 décembre 2006 dite pour le développement de la participation de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social² a effectivement habilité le Gouvernement, dans les conditions de l'article 38 de la Constitution, à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à droit constant, afin d'y inclure les textes de nature législative qui n'avaient pas été codifiés, d'améliorer le plan du Code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification.

De vives controverses ont été avancées à l'encontre de ce projet, certaines d'un grand classicisme quant au caractère constant ou non de la codification, d'autres s'insurgeant contre l'illégitimité de la procédure. À ce titre, Jacques Barthélémy observe que l'annonce de la recodification a suscité « du scepticisme [...], des craintes de remise en cause larvée de certains droits du fait de modifications inspirées du souci d'intelligibilité des textes »³, souci de nature constitutionnelle du reste aux côtés de celui d'accessibilité ou encore de clarté⁴. Si ces orientations n'apparaissent pas explicitement dans les lois d'habilitation, elles n'en sont pas moins des exigences constitutionnelles justifiant indubitablement la démarche.

La décision du Conseil constitutionnel en date du 17 janvier 2008⁵ en témoigne : « la finalité de la codification répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité⁶ et

¹ Depuis 1999, le processus général de codification était dans l'impasse en raison de l'engorgement du calendrier législatif qui avait conduit à différer l'inscription à l'ordre du jour des codes prêts à l'examen (Cf. BERNAUD V., « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil constitutionnel tranche... », *Dr. soc.* 2008, p. 424.

² Loi n° 2006-1770, 30 décembre 2006, art. 57, *JO* 31 décembre 2006, p. 20210.

³ BARTHÉLÉMY J., « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP S* 2007, Act. 139.

⁴ Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Rec.* p. 136 ; Cons. const., 24 avril 2004, n° 2004-494 DC, *JO* 5 mai 2004, p. 7998.

Le fondement textuel de l'objectif de l'accessibilité et d'intelligibilité de la loi est la combinaison des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁵ Cons. const., 17 janvier 2008, n° 2007-561 DC (Cf. BERNAUD V., « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil constitutionnel tranche... », *Dr. soc.* 2008, p. 424).

Le Conseil constitutionnel rejette de manière lapidaire le grief de la méconnaissance de ces exigences, grief qui n'a d'ailleurs jamais été utilisé pour censurer.

⁶ La « commodité des usagers » était déjà dans les esprits dans les années 1990 : « la préoccupation est d'améliorer la "visibilité" de règles essentielles et d'accroître le rôle des acteurs [...] » (JEAMMAUD A., « La

d'intelligibilité »¹. Recodifier périodiquement est une nécessité technique qui vaut pour tous les codes². Il faut remettre en ordre. Au nom de quoi le Code du travail échapperait-il à cette exigence, résultant d'un tel « *imperium* juridique »³ ? Sur ce point, les critiques semblent répondre de manière paradoxale à l'objectif même de la recodification. À y regarder de plus près, les critiques sont légitimes à plus d'un titre. Soulignons deux exemples certains : l'un attrait à la codification d'un Accord national interprofessionnel annexé à une loi, l'autre à celle de la jurisprudence.

D'une part, un texte issu d'un Accord national interprofessionnel a pu être codifié. Prenons l'exemple de l'accord du 10 décembre 1977 relatif à la mensualisation, qui a été annexé à la loi du 19 janvier 1978⁴, elle-même vouée à abrogation. Si cet Accord national interprofessionnel a certes été annexé à la loi, ce n'était que pour une durée limitée ; son inclusion a eu pour conséquence d'élargir le champ d'application de la recodification, malgré les propos de Jacques Barthélémy ouvrant la possible abrogation⁵. Ses dispositions ont été substantiellement réécrites, ce qui conduit le Professeur Patrick Morvan à y déceler une « dénaturation notable »⁶ : « la codification a métamorphosé cette loi formelle (une loi de "généralisation", qui a pour objet une autre norme, à l'instar d'une loi de coordination de législations étrangères) en une loi substantielle, ce qu'elle n'a jamais été »⁷. Pis encore, quel intérêt de codifier un texte amené à être abrogé ? Pour reprendre les termes mêmes de Jacques Barthélémy, « les raisons de la non-codification se trouvent dans la source de droit à l'origine de la création du droit »⁸.

La mutation opérée aux articles L. 3242-1 à L. 3242-4 du nouveau Code du travail n'est « pas seulement de l'ordre de la sémantique... »⁹, mais bien une question de nature juridique rendue ainsi variable. Quelle est cette dénaturation ? Du fait de son annexion à la loi du 19 janvier 1978, l'accord national interprofessionnel a « acquis un caractère législatif »¹⁰, mais demeure une convention même en cas d'abrogation de ladite loi. Cette dernière ne fera

codification en droit du travail », *Droits* – 27, 1998, p. 161, spéc. p. 171).

¹ Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Rec.* p. 136.

² Cf. BARTHÉLÉMY J., *op. cit.*.

³ BARTHÉLÉMY J., « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *SSL* 14 janvier 2008, n° 1336, p. 7.

⁴ Loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, *JO* 20 janvier 1978, p. 426.

⁵ BARTHÉLÉMY J., « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP S* 2007, Act. 139.

⁶ MORVAN P., « L'étrange codification d'un accord collectif ; le *hold up* de l'ANI sur la mensualisation », *JCP S* 2008, 1266.

⁷ *Ibid.*

⁸ BARTHÉLÉMY J., « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP S* 2007, Act. 139.

⁹ TEYSSIÉ B., « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP S* 2007, Act. 140, spéc. p. 6.

¹⁰ Comme l'a décidé la Cour de cassation malgré une première position en faveur du maintien de sa nature contractuelle : Cass. Soc., 17 janvier 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 643, obs. J. BARTHÉLÉMY ; 17 octobre 1991, *Bull. civ.* V, n° 414.

disparaître en aucun cas l'accord de volontés, et par là même la faculté de « réviser certaines de ses clauses »¹. En définitive, la situation tient d'une obscure alchimie entre les sources du droit du travail.

D'autre part, la commission de recodification a pris le parti de réaliser ponctuellement l'harmonisation de règles jurisprudentielles², lorsqu'elle l'estime sans risque. À défaut d'un tel risque, elle a souligné le problème sans le régler, invitant directement le législateur à s'en emparer³. Mais à partir de quels critères évaluer ce risque ? Selon le Professeur Christophe Radé, « la solution la plus sage [...] consiste à ne pas modifier la rédaction du texte existant et à laisser la jurisprudence poursuivre son travail d'interprétation »⁴, alors que d'autres réfutent cette solution en ce qu'elle serait une illusion, compte tenu des exceptions dont elle est immédiatement sortie⁵. La cause est entendue : « d'une règle forgée par un juge, susceptible d'évoluer par la volonté du juge de tenir compte, entre autres, des métamorphoses du tissu social ou économique, la transmutation est opérée en norme de caractère législatif »⁶. La codification rimerait-elle alors avec modification⁷ ? En soi, il est vrai qu'il est difficile de distinguer les décisions de jurisprudence susceptibles de relever du droit positif et de celles qui n'en relèvent pas. Le choix est nécessairement arbitraire, et donc variable.

Les recodificateurs ayant ainsi « tricoté un texte qui mêle leur parole à celle du juge »⁸, il convient de s'interroger sur la question doctrinale suivante : « faudra-t-il que l'interprète, pour apprécier la norme, se réfère à la construction jurisprudentielle dont elle est l'écho ? »⁹ L'article L. 1224-3 du Code du travail relatif au transfert d'entreprise, qui trouve une part de sa substance dans des analyses du Conseil d'État, en offre une parfaite illustration, de même que, à propos du droit à réintégration lors de la nullité du licenciement, le droit à l'indemnisation du salarié licencié¹⁰ ou le droit à l'indemnité forfaitaire en cas de travail

¹ BARTHÉLÉMY J., « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *SSL* 14 janvier 2008, n° 1336, p. 7, spéc. p. 10.

² Cette codification serait alors qualifiée de codification-consolidation, voire à l'excès de codification-réformatrice, car elle procède à la consécration législative de solutions acquises en jurisprudence (Cf. JEAMMAUD A., « La codification en droit du travail », *Droits* – 27, 1998, p. 161, spéc. p. 166).

³ Signalons que des modifications ont parfois été envisagées, puis finalement abandonnées sous la pression des partenaires sociaux. Par exemple, il a été un moment envisagé de créer un article relatif à la modification du contrat de travail en imposant à l'employeur d'adresser une proposition préalable (*SSL* 26 mars 2007, n° 1300, p. 4, spéc. p. 5).

⁴ Cf. RADÉ Ch., « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* 2007, p. 513 ; « Recodifier le Code du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 483.

⁵ Cf. GRÉVY M. et FABRE A., « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362.

⁶ TEYSSIÉ B., « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP S* 2007, Act. 140.

⁷ Cf. *SSL* 26 mars 2007, n° 1300, p. 4, spéc. p. 5.

⁸ TEYSSIÉ B., *op. cit.*, spéc. p. 6.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Le nouvel article L. 1235-5 du Code du travail dissipe quelque peu les incertitudes jurisprudentielles quant au régime des sanctions indemnitaires, notamment propres aux irrégularités de procédure.

dissimulé¹. Dans chacune de ces hypothèses, ont été intégrés des « éléments de nature jurisprudentielle »².

D'autres controverses ont même surgi lors de l'évaluation du nouveau Code du travail organisée par le Professeur Lise Casaux-Labrunée³. En dépit des rectifications effectuées par les lois du 21 janvier 2008⁴ et 12 mai 2009⁵ et du décret du 13 mars 2009⁶, des auteurs poursuivent leurs critiques⁷. Qu'il ne leur en déplaise, la Cour de cassation a elle-même mis en œuvre à plusieurs reprises le principe de l'interprétation à droit constant des dispositions du nouveau Code du travail. En effet, lorsqu'elle a relevé des différences entre les deux versions de nature à poser des difficultés d'interprétation du nouveau texte, la Chambre sociale a considéré que, sauf dispositions contraires expresses, le principe de la recodification à droit constant s'imposait comme un élément important de son interprétation. Peuvent notamment être cités l'arrêt du 29 avril 2009⁸ relatif à l'application de l'article L. 2143-6 du Code du travail concernant les conditions de désignation des délégués syndicaux dans les établissements de moins de cinquante salariés, et celui du 27 janvier 2010⁹ relatif à l'application de l'article L. 2411-3 concernant le délai de protection du conseiller du salarié.

Par ailleurs, une fraction de la doctrine a redouté que les acteurs desdits travaux voient leur légitimité mise en cause¹⁰. Cette question de leur légitimité est d'ailleurs l'occasion de déceler un véritable face à face entre les auteurs, singulièrement entre les libres propos du Professeur Christophe Radé¹¹, très irrité compte tenu de sa fonction d'expert dans le travail de la commission de recodification, et ceux cinglants du Professeur Emmanuel Dockès qui se risque à parler d'une « décodification »¹², d'une « supposée intention de détériorer le Code du travail »¹³. D'une manière générale, les opposants de la recodification du Code du travail avancent l'argument récurrent de l'abaissement du rôle du Parlement en cas de recours aux

¹ La commission prend acte de la jurisprudence interprétant l'ancien article L. 324-11-1 du Code du travail en allant même plus loin : le nouvel article L. 8223-1 prévoit la règle du cumul des indemnités, alors que la règle du non-cumul primait selon la Cour de cassation (Cf. *SSL* 26 mars 2007, n° 1300, p. 4, spéc. p. 5).

² TEYSSIÉ B., *op. cit.*, spéc. p. 6.

³ CASAUX-LABRUNÉE L., « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *RDT* 2009, p. 421.

⁴ Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, *JCP S* 2008, 1074.

⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JO* 13 mai 2009, p. 5491.

⁶ Décret n° 2009-289 du 13 mars 2009, *JO* 14 mars 2009, p. 2057.

⁷ Par exemple, les anomalies non corrigées que répertorie le Professeur Patrick Morvan lors du colloque « *Évaluation du nouveau Code du travail par ses usagers* » organisée par l'Université de Toulouse les 27-28 mai 2010.

⁸ Cass. Soc., 29 avril 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 776, chron. Ch. RADÉ.

⁹ Cass. Soc., 27 janvier 2010, *JCP S* 2010, Act. 74.

¹⁰ Cf. BARTHÉLÉMY J., « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *SSL* 14 janvier 2008, n° 1336, p. 7, spéc. 9.

¹¹ RADÉ Ch., « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* 2007, p. 513.

¹² DOCKÈS E., « La décodification du droit du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 388.

¹³ *Ibid.*

ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Le Parlement est effectivement dessaisi au motif que la recodification est une œuvre purement technique pour laquelle le recours aux ordonnances serait rendu indispensable¹. Concrètement, seule une autorisation a été exigée aux représentants de la Nation qu'ils ont volontiers accordée le 9 décembre 2004², et renouvelée le 30 décembre 2006³ spécialement pour le Code du travail.

Rappelons que le texte de l'ordonnance n'acquiert force de loi qu'après ratification, qui fait rarement l'objet de grandes discussions parlementaires : « les ratifications d'ordonnances ne sont guère propices à une discussion approfondie de leur contenu, singulièrement lorsqu'elles ont opérés en bloc »⁴. C'est pourquoi, il a été affirmé que le nouveau Code du travail était né quasiment « hors de tout débat parlementaire »⁵. Ce propos est même conforté par le fait que la commission *ad hoc*, compétente pour recodifier le Code du travail et placée sous l'autorité du Premier ministre, ne dispose d'aucun mandat de représentation nationale⁶. Certes, elle est composée, outre des experts, des représentants désignés par les partenaires sociaux, mais leur présence n'atteste en rien la légitimité du travail ; elle ne peut que rassurer selon certains⁷. Deux raisons le démontrent.

Tout d'abord, les acteurs se sont organisés de manière concentrique : six fonctionnaires ont été affectés avec la mission de proposer un texte recomposé à un comité d'experts⁸ sollicitant leur avis, et une commission des partenaires sociaux⁹ a été régulièrement consultée et réunie sur la totalité de ces propositions.

Ensuite, sur un plan purement procédural, toute entorse aux principes constitutionnels susmentionnés aurait entraîné la réaction immédiate des deux conseillers d'État présents lors de la mission¹⁰, eux-mêmes guidés par la Charte nationale de recodification, notamment « le

¹ Si le Parlement s'est accoutumé à être dessaisi par un recours abusif à la technique des ordonnances, même pour des questions majeures, cette pratique semble se ralentir.

² Loi n° 2004-1343, 9 décembre 2004, art. 84-I, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

³ Loi n° 2006-1770, 30 décembre 2006, art. 57, *JO* 31 décembre 2006, p. 20210.

⁴ TEYSSIÉ B., « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP S* 2007, Act. 140.

⁵ *Ibid.*

⁶ Cf. FIORENTINO A., « La simplification du droit du travail », in *La simplification du droit*, ss dir. de J.-M. PONTIER, PUAM, 2006, 378 p., spéc. p. 251-272, n° 7.

Cf. LYON-CAEN A., « Faut-il réécrire, et comment, le Code du travail », *LS Magazine* Mars 2005, p. 9.

⁷ « *Tout ceci ne peut que rassurer !* » s'exclame M. Barthélémy (Cf. « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP S* 2007, Act. 139).

⁸ Les cinq experts sont : J. Barthélémy, avocat au Barreau de Paris, J.-Ph. Bouret, conseiller à la Cour de cassation, Ch. Radé, Professeur de droit à l'Université de Bordeaux IV, L. Vilboeuf, directeur de la D.D.T.E.F.P. de Charente, et Ph. Waquet, conseiller doyen honoraire à la chambre sociale de la Cour de cassation.

⁹ Dix titulaires et dix suppléants représentent chaque confédération syndicale et patronale.

¹⁰ Observons que cinq requêtes avaient été formulées devant la juridiction administrative, tendant à l'annulation de l'ordonnance du 12 mars 2008, mais cette menace d'une censure contentieuse a été déjouée curieusement par la saisine du Conseil constitutionnel.

guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires »¹. Cela n'a pas été le cas. Le projet était aussi sous le contrôle de la Commission supérieure de codification, et restait soumis à l'avis du Conseil d'État lui-même qui en contrôle la conformité², comme le Conseil constitutionnel lors de sa saisine³.

À ce titre, l'ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative)⁴, complétant la loi d'habilitation du 9 décembre 2004⁵, a été publiée et déposée auprès des assemblées parlementaires non sans réaction, puisque le projet une fois adopté a été déféré au Conseil constitutionnel par 167 députés⁶. La démarche a été vaine. Les compétences de chacun de ces acteurs, même si leur prise de position paraît parfois discutable, dissolvent aisément les arguments affectant la légitimité de la commission de recodification. Leur travail de filtrage en a-t-il été pour autant efficace ? A-t-il été inspiré ? Des complexités inutiles⁷ ont été mises au jour par le travail de recodification, reste à ouvrir le chantier de la simplification des règles.

Déjà en 1998, le Professeur Antoine Jeammaud affirmait qu'une véritable « transmutation »⁸ s'imposait plus qu'une refonte⁹. Il souhaitait que l'ambition dépasse le simple toilettage et la remise en ordre des textes, qu'il s'agisse plus d'un vrai bouleversement du fond du droit en vigueur¹⁰. Son idée avait émergé en réalité quelques années plus tôt. En 1993, le Professeur Antoine Jeammaud propose l'idée d'élaborer un « code allégé »¹¹ : « il s'agirait, non de se contenter d'une remise en ordre formelle, mais de concevoir des normes nouvelles couronnant "une véritable réflexion pour un nouveau contrat social"¹², et de "traiter radicalement l'inflation réglementaire en bâtissant un corps de règles compréhensibles et maîtrisables de 100 articles définissant les principes fondamentaux"¹³ »¹⁴. L'auteur poursuit

¹ Conseil d'État et secrétariat général du Gouvernement, *Le guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation Française, 2005.

² Contrôle de conformité à la fois aux exigences de la recodification à droit constant et à celles de la loi d'habilitation, qui peut lui-même faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

³ Cons. const., 17 janvier 2008, n° 2007-561 DC (Cf. BERNAUD V., « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil constitutionnel tranche... », *Dr. soc.* 2008, p. 424).

⁴ Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *JO* 13 mars 2007, p. 4740.

⁵ Loi n° 2004-1343, 9 décembre 2004, *JO* 10 décembre 2004, p. 20857.

⁶ Cons. const., 17 janvier 2008, n° 2007-561 DC (Cf. BERNAUD V., *op. cit.*).

⁷ Il est à noter que des complexités s'imposent parfois parce qu'inhérentes aux modalités de concrétisation des droits et libertés fondamentaux.

⁸ JEAMMAUD A., « La codification en droit du travail », *Droits* – 27, 1998, p. 161, spéc. p. 165.

⁹ Ses propos reprennent ceux du Professeur Gérard Lyon-Caen : « *L'esprit est à modifier autant que l'enveloppe corporelle* » (LYON-CAEN G., « Faut-il refaire un Code du travail ? », *D.* 1966, chron. VII, p. 33).

¹⁰ JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 170.

¹¹ JEAMMAUD A., « Un code allégé ? », *Dr. soc.* 1993, p. 638.

Il reprend les idées de : DUGHERA J., LENOIR Ch., RICOCHON M. et TRIOMPHE C., « L'inspection du travail en quête d'une nouvelle légitimité », *Dr. soc.* 1993, p. 138, spéc. p. 146.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ JEAMMAUD A., « Un code allégé ? », *Dr. soc.* 1993, p. 638.

son raisonnement en expliquant que sa proposition consisterait à « concentrer les règles majeures en une centaine de séries, rationnellement ordonnées, d'énoncés normatifs coordonnés, et d'admettre, à côté de ceux-ci, des dispositions réglementaires (au sens matériel ou formel ?) dont l'inflation se trouverait ainsi "traitée" »¹.

La suggestion est attrayante, mais on a peine à imaginer un corps de règles réduits à cent articles sans qu'une cascade d'alinéas ne surgisse. Il y a également les questions que suggère la polysémie de l'expression de « principes fondamentaux »². Comment les concevoir, les sélectionner, les appliquer ? « Et comment concevoir ces dispositions de base, quand on sait que les vertus de la généralité [...] ont pour nécessaire contrepartie une incertitude renforcée ? »³. A l'échelle nationale à tout le moins, la proposition peine à se concevoir.

Toujours est-il que l'illustration de la recodification par la voie des ordonnances de l'article 38 de la Constitution prouve à quel point le règlement *lato sensu* a l'opportunité de dépasser son champ de compétence. Il a la possibilité de le faire cette fois avec l'habilitation même du législateur, ce qui brouille encore plus les frontières entre les domaines législatifs et réglementaires.

La démonstration nous amène à constater que l'expression de textes réglementaires « à valeur législative » est propre à qualifier les décrets, les arrêtés et les ordonnances mises en place en droit du travail, tant les débordements se font jour. Tantôt le législateur empiète sur le domaine réglementaire prévu par la Constitution, tantôt il rédige dans le style réglementaire. A la lumière de cette dualité de la loi et du règlement, une autre question se pose à propos des modes d'élaboration du droit imposé : la loi est-elle interprétée ou est-ce l'interprétation qui légifère ?

¹ *Ibid.*

² Cf. JEAMMAUD A., « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618 ; « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA* 1991, p. 612.

³ JEAMMAUD A., « Un code allégé ? », *op. cit.*, spéc. p. 640.

CHAPITRE 2

UNE LOI INTERPRÉTÉE OU UNE INTERPRÉTATION LÉGISÉRANTE ?

Se poser la question de savoir si c'est la loi qui est interprétée ou l'interprétation qui légifère conduit naturellement à discuter du rôle du juge dans l'élaboration de la règle de droit. Quel est-il en principe ? L'article 4 du Code civil énonce que le juge, sous peine d'« être poursuivi comme coupable de déni de justice », doit juger en dépit du « silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». En d'autres termes, les décisions qu'il rend permettent d'interpréter la loi pour l'appliquer à des cas particuliers, de pallier l'absence de loi sur des questions nouvelles, voire d'inspirer parfois de nouvelles lois. Là s'arrête par hypothèse sa fonction de complément de la loi.

À cet égard, quand la Cour de cassation définit les notions, elle ne fait que donner un sens à la loi ; quand elle élabore un régime juridique, elle ne fait que combler un vide législatif ; quand elle ajoute, elle ne fait que compléter la loi en vertu d'une délégation du législateur. L'examen de l'ensemble des décisions qui compose la jurisprudence donne à voir la loi interprétée. Cependant, à exercer les différentes méthodes d'interprétation de la loi ¹, le raisonnement du juge peut mener à des solutions audacieuses, et par voie de conséquence, comporter une part d'élaboration du droit. L'affirmation est particulièrement vraie en droit du travail, pour lequel une partie de la doctrine reconnaît qu'il est le foyer principal de l'œuvre de la jurisprudence ². D'où notre interrogation : n'est-ce pas l'interprétation jurisprudentielle qui légifère en droit du travail ?

¹ Les méthodes d'interprétation de la loi sont diverses et variées : l'interprétation peut être littérale, grammaticale, déductive, téléologique, systémique, pragmatique, etc. (Cf. BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, n° 228 et suivants).

² SARGOS P., « L'organisation et le fonctionnement de la Chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse », *Dr. soc.* 2006, p. 48 ; MAZEAUD A., « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 383.

Quelles raisons peuvent expliquer que la jurisprudence sociale soit aussi normative ? Si l'on considère, comme l'a démontré le Professeur Gérard Lyon-Caen, que le droit du travail est une technique réversible, « la norme d'origine prétorienne, à raison de sa souplesse d'adaptation, de sa plasticité, est sans doute (peut-être ?) mieux à même de prendre en compte [la] fluidité de la vie économique et sociale, sans les à-coups du droit légiféré, et de garantir une certaine permanence et stabilité du droit tout en permettant les évolutions nécessaires »¹. Paradoxalement, c'est la jurisprudence qui, par sa variabilité², rend le droit du travail plus stable. Expliquons ce paradoxe.

Produit du contentieux³, la jurisprudence sociale est variable parce qu'elle provient de la dispersion des juridictions compétentes à trancher les litiges relatifs à la relation de travail. Cette dispersion se mesure à l'aune de l'ordre judiciaire, comme de l'ordre administratif. À cet égard, si le premier est de loin le plus sollicité⁴, le second participe aussi à la variabilité du droit du travail. À ce titre, le contrôle de légalité du règlement intérieur est exemplaire de l'articulation délicate du contentieux judiciaire avec le contentieux administratif⁵.

Pour preuve, la controverse quant à la nature juridique du règlement intérieur : le Conseil d'État a jugé qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe ne s'oppose à ce qu'un règlement intérieur s'applique à toutes les personnes travaillant dans l'entreprise, qu'elles soient ou non liées par un contrat de travail, sauf dispositions relatives à la nature et à l'échelle des sanctions, ainsi qu'à la procédure disciplinaire, qui ne doivent s'appliquer qu'aux salariés liés à l'employeur par un contrat de travail lui conférant un pouvoir disciplinaire⁶.

Tandis que la Cour de cassation affirme de son côté que « le règlement intérieur s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise et constitue un acte réglementaire de droit privé »⁷. Et elle insiste en soulignant que « le règlement intérieur est un acte juridique de droit privé, et que le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail

¹ FROUIN J.-Y., « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1516.

² « *Ce qui obscurcit la matière autant que la méthode, c'est une diversité, disons même une variabilité, qui ne tient pas essentiellement à la jurisprudence elle-même, mais au contexte dans lequel se trouve le juge et spécialement à l'obligation de juger qui pèse sur lui en application de l'article 4 du Code civil [...]* » (TERRÉ Fr., « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Arch. phil. droit* 2006, Tome 59 : La création du droit par le juge, p. 305, spéc. p. 308).

³ Sur les rapports de la jurisprudence avec le contentieux : SERVERIN E., « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société* 25/1993, p. 339.

⁴ Connaissent des différends se rattachant à la relation de travail le conseil de prud'hommes, le tribunal d'instance ou de grande instance, le tribunal de commerce et les juridictions répressives.

⁵ Cf. BERTHON G. et CHENU D., « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur : une tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p. 1142.

⁶ CE, 4 mai 1988, *D.* 1990, somm. p. 134, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT ; 12 novembre 1990, *AJDA* 1991, p. 484, note X. PRÉTOT.

⁷ Cass. Soc., 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 25, obs. J. SAVATIER, *AJDA* 1992, p. 94, obs. X. PRÉTOT.

par [le] Code de travail ne saurait lui ôter sa nature pour le transformer en un acte administratif »¹ ; alors même qu'elle observe dans le même temps que le pouvoir du juge judiciaire cesse à l'égard des « clauses modifiées à la suite d'une décision de l'inspecteur du travail ». La solution s'explique sans doute par la volonté d'éviter le risque d'interprétations contradictoires des juges judiciaires et administratifs, mais elle démontre aussi la variabilité des juridictions compétentes de cette discipline.

En outre, les voies de recours étant ouvertes, il n'est pas rare de voir coexister les décisions des différentes sections composant les cours d'appel de l'ordre judiciaire, et celles des différentes chambres composant la Cour de cassation. La diversité de ces juridictions peut contribuer à la divergence des positions, raison pour laquelle la Cour de cassation s'efforce dans cette matière à « créer une jurisprudence cohérente destinée à encadrer la décision de l'employeur par une relative sécurité juridique »². Elle veille à l'unité des solutions, à construire une certaine cohérence juridique, et à atténuer ainsi le risque d'insécurité juridique, les autres juridictions concourant de manière plus ponctuelle à ce phénomène³. C'est pourquoi, seuls nous importerons les arrêts rendus par la Chambre sociale dans notre l'étude de la production normative de la jurisprudence⁴.

La recherche de l'homogénéisation du droit est au cœur de l'activité de la Cour de cassation. Elle repose sur un idéal de sécurité juridique « qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et [conserve] les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »⁵. L'objectif est de donner à chacun la possibilité de connaître la règle, et l'assurance de ce que l'on est en mesure de s'y conformer. Or il peut être mis à mal lors du prononcé d'arrêts de principe novateur ou d'arrêts de revirement, car ceux-ci déjouent les prévisions juridiques des sujets de droit établies selon les règles anciennes ; ils frappent des faits ou des actes antérieurement accomplis ou conclus à l'époque d'un état différent du droit positif. Expliquons successivement en quoi la variabilité de la jurisprudence sociale peut être rendue, à notre sens, au nom de la sécurité juridique (Section 1) ou à son prix (Section 2).

¹ Cass. Soc., 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 267, obs. A. JEAMMAUD, *D.* 1993, p. 334, note X. PRÉTOT.

² CANIVET G., « L'approche économique du droit par la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p. 951, spéc. p. 953.

³ Cf. MORIN A., « La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État en droit du travail », *Dr. soc.* 2008, p. 546.

⁴ Il ne faut néanmoins pas méconnaître le rôle des juges du premier et second degré dans cette œuvre. Pour preuve, l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 (*Dr. soc.* 1996, p. 1013, obs. A. LYON-CAEN) qui, en consacrant la règle « à travail égal, salaire égal », n'a fait que suivre la voie dans laquelle s'étaient engagés les conseillers prud'homaux.

⁵ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 62.

SECTION 1

UNE VARIABILITÉ AU NOM DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

Le débat sur le pouvoir normatif de la jurisprudence est récurrent : le juge n'est pas « faiseur de loi » comme l'a rappelé le Conseil supérieur de la magistrature dans un avis en date du 16 février 2006¹. Or, on l'a dit, le juge est amené *de facto*² à « construire le sens »³ des règles travaillistes qu'il applique. C'est le produit du pouvoir conféré aux juridictions de dire le droit, comme si la jurisprudence était une source autonome de droit, comme si elle avait naturellement ce pouvoir normatif⁴. « Qui pourrait nier la fonction normative de la Chambre sociale ? »⁵ s'exclame le Professeur Antoine Mazeaud.

D'autres auteurs vont jusqu'à parler de « jurisprudence prétorienne, normative et doctrinale »⁶. L'expression paraît excessive, mais elle a le mérite d'insister sur le pouvoir créateur de droit de la Chambre sociale. En prise directe avec la vie économique et sociale, cette dernière connaît en permanence de problèmes inédits que le législateur n'a pas le temps d'intégrer, encore moins d'anticiper, de sorte que c'est au juge de les appréhender en posant directement des solutions de principe conforme à l'état du droit positif.

Rendu ainsi responsable de la protection de la personne du salarié et de l'intérêt de l'entreprise, le juge ne peut plus se contenter d'être « la bouche qui prononce les paroles de la

¹ « *De même que le juge ne saurait refaire la loi, les autres pouvoirs doivent s'abstenir de refaire la décision juridictionnelle* » (« Le mot de la rédaction », *JCP S* 2006, 10).

² Rappelons que, *de jure*, l'article 5 du Code civil prohibe les arrêts de règlements : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

³ LYON-CAEN A., « Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », in *Les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative*, COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2002, p. 23.

⁴ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 14.

⁵ MAZEAUD A., « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Étude offerte à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2003, p. 383, spéc. p. 391.

⁶ MAZEAUD A., *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 6^{ème} éd., 2008, n° 75 ; LYON-CAEN A., *op. cit.*.

loi »⁷ ; il est amené à élaborer de véritables règles de droit en tentant de dissiper le risque d'insécurité juridique que la situation fait naître.

On pourrait multiplier à l'envi les exemples de règles légales, dont le contenu est imprécis et largement tributaire de données factuelles, pour lesquelles la sécurité juridique est en jeu. Telle n'est pas l'ambition de notre étude. Nous en reprendrons ça et là quelques-uns pour illustrer l'enjeu « sécuritaire » de la variabilité de la jurisprudence sociale. À notre sens, deux méthodes semblent s'éloigner du travail d'interprétation classiquement dévolue à la Cour de cassation : la Chambre sociale fait varier l'utilisation des techniques juridiques au service de la formulation des règles qu'elle produit (§ 1) et qu'elle diffuse (§ 2).

§ 1. De l'interprétation à la formulation

Autorité pour les uns¹, source de droit autonome pour les autres², les auteurs s'accordent sur le fond pour admettre que la jurisprudence sociale crée des règles du droit³. Puisque le juge doit juger et que la loi ne lui fournit pas toujours intégralement la solution, il aura recours à ses propres lumières. Il a la faculté de formuler l'« énoncé de dispositions générales »⁴ à partir des diverses méthodes d'interprétation qui lui sont offertes (A). Et lorsque la loi est trop obscure pour l'interpréter, il n'hésite pas à instrumentaliser les techniques juridiques pour produire les effets de droit qu'il souhaite (B).

A. L'énoncé de dispositions générales

Le juge a deux opportunités de développer un pouvoir normatif autonome : soit il s'affranchit des règles légales existantes pour adopter une interprétation libre, soit il crée des règles ou principes nouveaux à côté de celles et ceux existants. La jurisprudence sociale

⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758, rééd. Ellipses, coll. « Philosophique – œuvres », 2003, Livre XI, Chapitre VI ; RAYNAUD Ph., « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », *APD* 1985, p. 65 ; ARNAUD A.-J., *Le droit trahi par la sociologie, une pratique de l'histoire*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Recherches et travaux 4, 1998, p. 252.

¹ Par exemple : CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27^{ème} éd., 2002, n° 142 ; DUPEYROUX O., « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

² Cf. MORVAN P., « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 77.

³ La question serait même dépassée selon certains : MALAURIE Ph. et MORVAN P., *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, n° 370.

⁴ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501.

n'échappe pas à cette alternative, bien au contraire. Quelques exemples relevés de-ci de-là vont nous permettre de le démontrer.

Par la première composante de l'alternative reposant sur l'interprétation libre des dispositions légales, il faut comprendre trois hypothèses¹ qui dénotent avec force la variabilité de la jurisprudence sociale : les juges peuvent donner à un texte un sens qui n'est pas celui qui lui était accordé à l'origine, un sens qui n'est pas celui résultant de sa lettre, voire un sens contraire à la loi. Exposons une illustration pour chacune de ces hypothèses.

Pour ce qui est de la première, on pense à toutes les décisions ayant étendu le champ d'application d'une règle légale. Par exemple, la Chambre sociale entend largement l'expression de « décisions de l'employeur » énoncée à l'article L. 2323-2 du Code de travail qui doivent être précédées de la consultation du comité d'entreprise. Alors qu'il était généralement considéré que la décision visée ne pouvait se comprendre que d'une décision unilatérale², la Chambre sociale a décidé le 5 mai 1998³ qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale, ou qu'elle prend la forme d'une négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise⁴.

Pour ce qui est de la deuxième hypothèse consistant à donner au texte un sens qui n'est pas celui de sa lettre, les exemples se font plus rares dans la mesure où les décisions ont contraint le législateur à intervenir. C'est particulièrement le cas de l'article L. 1233-25 du Code de travail relatif aux modifications du contrat de travail donnant lieu à dix refus ou plus des salariés concernés, qui a vu son interprétation fluctuer au gré des réformes législatives.

Dans un arrêt en date du 9 octobre 1991⁵, la Cour de cassation avait relevé que les modifications substantielles des contrats de travail avaient été imposées par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne des salariés, et que les ruptures desdits contrats constituaient des licenciements pour motif économique. Mais elle avait ajouté que « chacun des licenciements prononcés à la suite du refus du salarié, conservait un caractère individuel », et que « la procédure des licenciements collectifs n'était pas applicable » dès lors qu'il n'existait pas de fraude de l'employeur, ni de volonté de supprimer les emplois. Cette

¹ Nous reprenons à notre compte une partie de la démonstration du conseiller Jean-Yves Frouin (FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501).

² ANTONMATTÉI P.-H., « Comité d'entreprise et négociation collective », *RJS* 1998, p. 611.

³ Cass. Soc., 5 mai 1998, *JCP E* 1998, 1407, note Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, *Dr. ouvrier* 1998, p. 350, note D. BOULMIER, *Dr. soc.* 1998, p. 579, rapp. J.-Y. FROUIN.

⁴ La même obligation de consultation prévaut lorsque le chef d'entreprise envisage de réviser l'accord : Paris, 6 mars 2002, *RJS* 2002, p. 598.

⁵ Cass. Soc., 9 octobre 1991, *D.* 1992, p. 127, note N. DECOOPMAN ; 22 mars 1995, *RJS* 1995, p. 338, n° 500.

interprétation était discutable, et il n'a fallu attendre que quelques mois pour que le législateur désapprouve cette position jurisprudentielle ¹.

Par ailleurs, une autre difficulté a surgi quant à la distinction entre les modifications de contrat proposées par l'employeur et les modifications refusées par les salariés. Les employeurs soutenaient que la procédure des licenciements collectifs, notamment l'élaboration d'un plan social, ne s'imposait à eux qu'à partir du moment où les salariés avaient refusé les modifications du contrat de travail; et en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'ancien article L. 321-4-1 du Code du travail n'exigeant le respect d'une telle procédure que « lorsque le nombre de licenciement est au moins égal à dix salariés dans une même période de trente jours ». La Cour de cassation a écarté cette thèse dans deux arrêts dits « Framatome » et « Majorette » rendus le 3 décembre 1996 ² en retenant une interprétation littérale du texte de la loi : dès lors que la restructuration décidée conduit à proposer à au moins dix salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat (transfert sur un autre site) et donc à envisager la rupture de leur contrat de travail, les juges du fond appliquent exactement les dispositions légales en décidant que l'employeur est tenu d'établir et de mettre en œuvre un plan social.

Cette solution prétorienne a été reprises dans quelques décisions postérieures ³, jusqu'à ce qu'elle soit abandonnée par la loi du 18 janvier 2005 ⁴. Désormais, lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs économique énoncés à l'article L. 1233-3 du Code de travail et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ⁵.

Pour ce qui est de la troisième et dernière hypothèse d'une interprétation *contra legem*, peut être citée la jurisprudence interprétant les dispositions de l'article L. 1233-67 du Code de travail. Alors que ce texte dispose qu'en cas d'accord du salarié à une convention de reclassement personnalisé, le contrat de travail « est réputé rompu du commun accord des parties », la Chambre sociale a décidé, par un arrêt du 5 mars 2008, que l'adhésion du salarié

¹ Loi n° 92-722 du 29 juillet 1992, *JO* 30 juillet 1992, p. 10335.

² Cass. Soc., 3 décembre 1996, arrêts *Framatome* (1^{ère} espèce) et *Majorette* (2^{ème} espèce), *JCP* 1997, II, 22814, note J. BARTHÉLÉMY, *RJS* 1/97, n° 24, concl. P. LYON-CAEN, *Dr. soc.* 1997, p. 18, rapp. Ph. WAQUET.

³ Cass. Soc., 10 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1035, obs. J.-M. VERDIER ; *RJS* 11/01, n° 1278 ; 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p.1024, obs. Ph. WAQUET.

⁴ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, *JO* 19 janvier 2005, p. 2907.

⁵ Soulignons que l'employeur qui envisage le licenciement de dix salariés au moins dans une même période de trente jours doit mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, et ce même si le nombre de salariés effectivement licenciés est inférieur à dix (Soc., 23 mai 2006, *JCP S* 2006, 1695, note Fr. DUMONT).

à une telle convention ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique ¹. La liberté de l'interprétation du juge étant ainsi démontrée à travers quelques illustrations, *quid* de son autre opportunité de créer des règles de droit ?

La seconde composante de l'alternative correspond à la situation suivante : le juge ne trouvant pas dans les dispositions existantes les solutions propres à lui permettre de trancher les litiges qui lui sont confiés, il lui revient de dégager éventuellement des règles nouvelles conforme à l'état du droit positif. De prime abord, cette possibilité ne surprend pas puisque c'est là l'office du juge que de dire le droit en vertu de l'article 4 du Code civil.

Cependant, il se peut que la Chambre sociale en prenne l'initiative sans qu'il y ait de vide législatif. Dans ce cas, c'est le juge lui-même qui décide de créer une règle de droit, sans fondement juridique autre que le pouvoir qu'il se donne à lui-même, à la manière dont serait construit un arrêt de règlement ². Citons par exemple l'obligation de sécurité de résultat qu'il incombe à l'employeur d'atteindre lors de l'exécution du contrat du travail. Les textes éparés dans le Code de travail n'ont semble-t-il pas suffi à la Cour de cassation, qui découvre une obligation de nature contractuelle : « En vertu du contrat de travail le liant à son employeur, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat » ³. Il convient d'observer néanmoins que la Haute juridiction semble désormais se rattacher directement aux dispositions légales ⁴.

En outre, la Chambre sociale a la possibilité d'aménager des règles de droit commun pour répondre à la finalité dite protectrice du droit du travail. Le pouvoir normatif du juge se traduit alors par une application *sui generis* des règles de droit commun à la relation de travail. Par exemple, à la différence du salarié qui est recevable à demander la résolution judiciaire du contrat aux torts de l'employeur, celui-ci « qui dispose du droit de résilier unilatéralement le contrat de travail par la voie du licenciement en respectant les garanties légales n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat » ⁵. C'est en raison du déséquilibre contractuel inhérent à la relation de travail que la Cour de cassation ferme la voie de la résiliation judiciaire à l'employeur.

¹ Cass. Soc., 5 mars 2008, *JCP S* 2008, 1334, note Fr. DUMONT ; BAILLY P., « La rupture négociée du contrat pour motif économique », *SSL* 24 avril 2006, p. 7.

² Cf. FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 18.

³ Cass. Soc., 28 février 2002, *JCP E* 2002, 643, note G. STREBELLE, *Dr. soc.* 2002, p. 445, obs. A. LYON-CAEN, *Dr. ouvrier* 2002, p. 166, note Fr. MEYER

⁴ Cass. Soc., 28 février 2006, *JCP S* 2006, 1278, note P. SARGOS ; *RTD* 2006, p. 23, note B. LARDY-PÉLISSIER.

⁵ Cass. Soc., 13 mars 2001, *SSL* 2001, n° 1055, p. 11, note C. GOASGUEN.

Enfin, le juge peut énoncer des principes qualifiés expressément par la Cour de cassation de « principes fondamentaux »¹ ou de « principes généraux ». Dans ce dernier cas, il est dit que la Cour de cassation élabore un droit prétorien à partir de présupposés ou d'axiomes implicites, remèdes à l'inadéquation des moules juridiques préétablis².

On peut relever les décisions relatives à la grève pour laquelle la Chambre sociale « tente une approche qui ne s'identifie ni au point de vue de l'employeur, ni à celui des salariés, mais qui serait celui de l'entreprise en soi : au-dessus des capitalistes et des travailleurs »³. En effet, on entrevoit dans ses décisions une volonté de donner satisfaction à un intérêt dit de l'entreprise, dans l'hypothèse où le mouvement mettrait en péril l'outil de travail. L'intérêt de l'entreprise serait un « principe explicatif d'une poussière de décisions, qui dans le silence des textes apprécie les conséquences à tirer des moyens employés au cours d'un conflit collectif du travail »⁴. Dans cette perspective, le juge ne se contente pas de poser une ou plusieurs règles ponctuelles, mais construit de sa propre initiative un ensemble de règles constitutif d'un régime juridique entier.

Le Code du travail n'a pas directement défini l'exercice du droit de grève, mais donne quelques indices pour l'apprécier telle que la référence à une « cessation concertée du travail » énoncée à l'article L. 2512-2. C'est pourquoi, la Cour de cassation s'est efforcée, au fil des contentieux qui lui ont été soumis, d'élaborer une définition plus complète : « l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »⁵. Elle a alors pu décider que ne constituaient pas une grève le simple ralentissement de la production appelée « grève perlée »⁶, le fait qu'un seul salarié cesse le travail au sein de l'entreprise⁷ ou encore le fait de revendiquer un différend opposant des salariés⁸. Les exemples sont abondants, on ne saurait tous les citer.

Le droit de la grève n'est pas exclusif de cette manifestation de la construction jurisprudentielle du droit du travail. Ainsi, les décisions relatives à la prise d'acte sont-elles

¹ C'est par exemple l'affirmation d'un principe constitutionnel de la liberté du travail devenu principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle pour justifier un encadrement strict de la clause de non-concurrence (Soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491, note Y. SERRA, *Dr. soc.* 2002, p. 954, obs. R. VATINET).

² FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 19.

³ LYON-CAEN G., « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 35, spéc. p. 42

⁴ *Ibid.*

⁵ Par exemple : Cass. Soc., 17 janvier 1968, *Bull. civ.* V, n° 35 ; 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 360 ; 12 décembre 2000, *TPS* 2001, comm. 55 ; 23 octobre 2007, *D.* 2008, p. 662, note A. BUGADA.

⁶ Cass. Soc., 5 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7553, note M. DELPECH.

⁷ Cass. Soc., 19 avril 1958, *Bull. civ.* V, n° 528 ; 29 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 111.

⁸ Cass. Soc., 8 avril 1974, *Bull. civ.* V, n° 223.

significatives de la contribution prétorienne à dessiner un droit de la rupture du contrat de travail¹. Soucieuse de ne pas créer de toute pièce un régime juridique inconnu du Code de travail, la Chambre sociale rattache la prise d'acte, quant à ses effets, soit au licenciement, soit à la démission, selon que les motifs qui ont conduit le salarié à rompre le contrat présentent ou non un degré de gravité suffisant pour imputer la rupture à l'employeur.

Le tour d'horizon qu'effectue Frédéric Géa, dans sa chronique parue à la Revue de la jurisprudence sociale, convainc de la dynamique de la construction jurisprudentielle de ce mode de rupture, dynamique qui n'a cessé « de traverser cette matière mouvante – à la recherche d'une cohérence d'ensemble, aujourd'hui pour l'essentiel acquise »².

Comme le souligne le conseiller Jean-Yves Frouin³, on peut toujours discuter de la pertinence de tel ou tel exemple en considérant que l'interprétation se réclamait du texte, qu'elle était précisément en suspens. Notre démonstration, loin d'être complète, dévoile à tout le moins la variété des illustrations du pouvoir normatif de la Chambre sociale. Elle témoigne de la capacité de la Cour de cassation à faire varier la loi sociale au gré des effets qu'elle souhaite lui faire produire. Et ce n'est pas l'analyse de l'instrumentalisation des techniques juridiques qui conduira à affirmer le contraire.

B. L'instrumentalisation des techniques juridiques

Le pouvoir normatif de la Chambre sociale se manifeste variablement à travers toutes les techniques juridiques qu'elle n'hésite pas à instrumentaliser pour parvenir à ses fins. Pour ce faire, elle se sert des « opérations destinées à produire des effets de droit »⁴, telles que la définition, la qualification ou tout autre procédé juridique offert à la Cour de cassation. Examinons-les les unes après les autres.

Tout d'abord, c'est de la manière dont les définitions sont construites que dépend en partie la contribution prétorienne. Souvent les attendus de principe sont isolés et suffisamment précis pour qu'ils ne laissent aucun doute sur la portée qu'il convient de leur accorder⁵.

¹ Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 814, avis P. LYON-CAEN, p. 817, chron. G. COUTURIER et J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2004, p. 90, obs. J. MOULY, *JCP G* 2003, II, 10138, note E. MAZUYER, *RJS* 8-9/2003, p. 647, note J.-Y. FROUIN, *D.* 2004, p. 1761, note M. JULIEN ; 19 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 473, obs. Fr. FAVENNEC-HÉRY, *RJS* 2005, p. 194, n° 254, *CSB* 2005, A. 28, obs. Fr.-J. PANSIER ; 9 mai 2007, *RDT* 2007, p. 452, obs. G. AUZERO.

² GÉA Fr., « La prise d'acte de la rupture, Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 8-9/10, chron. p. 559.

³ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 19.

⁴ *Ibid.*

⁵ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 20.

Preuve en est la définition détaillée des « décisions » sujettes à consultation du comité d'entreprise aux termes de l'article L. 2323-2 du Code de travail : « si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes ; qu'un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application, dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté »¹. La Chambre sociale est ici très précise dans la définition de la « décision » : elle n'est ni une « simple pensée » de l'employeur, ni forcément un engagement ferme².

Parfois, la définition donnée s'éloigne du sens commun ou probable de la notion légale à déterminer en considération d'un objectif juridique choisi délibérément par la Chambre sociale. Ainsi la démission n'est-elle pas définie comme étant la rupture à l'initiative du salarié, mais beaucoup plus étroitement comme étant l'acte de volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin au contrat de travail³, dans le but de contrecarrer la pratique par laquelle l'employeur excipe la démission, pour justifier l'absence de procédure de licenciement et le versement des indemnités subséquentes. Le rapprochement de cette définition avec l'article L. 1231-1 du Code de travail, relatif aux dispositions générales de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, n'est pas détectable. Nulle part dans cette disposition il n'est fait mention d'une nécessaire volonté claire et non équivoque.

L'interprétation restrictive de ce mode de rupture du contrat de travail a eu pour conséquence d'ouvrir la voie à une nouvelle notion jurisprudentielle, la prise d'acte⁴. Cette dernière repose sur les griefs que le salarié peut invoquer à l'encontre de son employeur. Il s'agit dès lors bien plus d'un constat, que d'un choix délibéré de la part du salarié. Et c'est à partir de cet état de fait que la Cour de cassation a été conduite à reconnaître l'existence de ce mode de rupture particulier : « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit

¹ Cass. Soc., 12 novembre 1997, *RJS* 1997, p. 818, rapp. J.-Y. FROUIN ; *Dr. soc.* 1998, p. 87, obs. M. COHEN ; *Dr. ouvrier* 1998, p. 49, concl. Y. CHAUVY.

² PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 143, spéc. p. 652.

³ Cass. Soc., 21 mai 1980, *Bull. civ. V*, n° 452 ; 27 avril 1982, *D.* 1983, IR, 359, obs. Ph. LANGLOIS ; 20 octobre 1982, *Bull. civ. V*, n° 559 ; 7 février 1990, *Bull. civ. V*, n° 48.

⁴ Cass. Soc., 9 mai 2007, *RDT* 2007, p. 452, obs. G. AUZERO ; PÉLISSIER J., « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p. 591 ; GOSSELIN H., « Démission et prise d'acte de la rupture du contrat de travail : deux régimes juridiques autonomes ? », *RJS* 7/07, p. 603.

d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission »¹. En somme, l'utilisation de la définition se fonde dans le travail d'interprétation. C'est de l'office normal du juge que de déterminer le sens d'une notion, peu important les moyens pour y parvenir.

Ensuite, on peut observer que la Chambre sociale a la possibilité de se servir de l'opération de qualification juridique pour rattacher le régime juridique qu'elle entend appliquer. En d'autres termes, elle prend en considération la donnée factuelle qu'il s'agit de qualifier, pour la faire entrer dans une catégorie juridique préexistante. Par exemple, la qualification d'engagement unilatéral attribuée aux accords atypiques a l'effet de leur donner un caractère obligatoire² : « cette variété d'engagement est une assez récente découverte – une invention diront certains – de la Chambre sociale de la Cour de cassation »³.

La fonction normative du juge s'exprime également dans l'évolution de catégories, notions ou concepts « créés de toute pièce par la jurisprudence sociale »⁴. Cette dernière les construit pour régler des situations de fait ou pour déterminer le champ d'application de règles légales⁵. Par exemple l'évolution de la notion de « prise d'acte » qui a pour objet d'encadrer les ruptures à l'initiative des salariés, imputées à l'employeur en leur donnant une portée juridique particulière : la prise d'acte produit soit les effets d'une démission, soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse selon l'appréciation souveraine des juges du bien-fondé de la rupture⁶ ; ou encore la notion de « même secteur géographique » qui a alimenté une véritable théorie jurisprudentielle opposant la modification du contrat de travail au simple changement des conditions de travail⁷.

À cet effet, les juges apprécient le périmètre géographique au regard duquel une mutation du salarié proposée par l'employeur constitue un changement de ses conditions de

¹ Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 814, avis P. LYON-CAEN, p. 817, chron. G. COUTURIER et J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2004, p. 90, obs. J. MOULY, *JCP G* 2003, II, 10138, note E. MAZUYER, *RJS* 8-9/2003, p. 647, note J.-Y. FROUIN, *D.* 2004, p. 1761, note M. JULIEN.

² Cass. Soc., 4 avril 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 803, obs. J. SAVATIER.

³ PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 176, spéc. p. 813.

⁴ BOUBLI B., « Le juge, la norme et le droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, coll. « Droit, éthique et société », 1998, p. 36.

⁵ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 20.

⁶ GÉA Fr., « La prise d'acte de la rupture, Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 8-9/10, p. 559.

⁷ Cass. Soc., 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976, obs. H. BLAISE, *Dr. ouvrier* 1996, p. 457, note P. MOUSSY ; PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *op. cit.*, spéc. p. 264.

Cf. WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791 ; PÉLISSIER J., « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges en l'honneur de P. COVRAT*, PUF, 2001, p. 101 ; LYON-CAEN A., « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 357.

travail ou une véritable modification de son contrat. Le changement du lieu de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur lorsqu'il intervient dans le même secteur géographique¹, mais vaut modification du contrat lorsque le nouveau lieu de travail se situe dans un autre secteur², à moins qu'il ne s'agisse d'un déplacement occasionnel³.

Il est à noter qu'un changement terminologique a été effectué dans cette hypothèse : on n'emploie plus l'expression de « modification substantielle »⁴ pour rendre compte de cette dualité. La permutation des termes s'accompagne alors de précision jurisprudentielle pour savoir ce que l'on entend désormais par « modification du contrat de travail » et « simple changement des conditions de travail »⁵. Le nouveau dispositif suppose que l'on puisse déterminer de manière objective ce qui relève du contrat, que l'on puisse déterminer de manière « constante »⁶ le contenu de tout contrat de travail. Cette illustration démontre avec force le pouvoir créateur de la jurisprudence sociale, préoccupée de maintenir une certaine cohérence juridique.

Enfin, la Chambre sociale instrumentalise abondamment les outils classiques offerts à la Cour de cassation pour créer du droit. Remarquons d'emblée l'utilisation massive du visa pour indiquer en faux-semblant le fondement d'une décision. Il n'est pas rare en effet que le visa d'un texte soit de pure forme en ce qu'il est insusceptible de fonder par lui-même en droit la décision, ou qu'il n'ait pas de véritable rapport avec la règle énoncée en ce qu'il ne la contient pas ou n'entretient qu'un rapport de généralité avec elle. Ce sont des « visas de confort »⁷ destinés à donner l'apparence de rattachement à un texte législatif.

Pour preuve, l'utilisation fréquente de l'article 1134 du Code civil comme « visa passe-partout, parfois sans rapport direct avec la règle qu'il est censé fonder en droit »⁸. Le plus surprenant est qu'en définitive, la Chambre sociale se donne à elle-même les règles qu'elle va apprécier pour donner sa solution au litige. Par exemple⁹ : « Vu la règle selon

¹ Cass. Soc., 20 octobre 1998, *RJS* 1999, p. 24, n° 8 ; 4 mai 1999, PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *op. cit.*, spéc. p. 265.

² Cass. Soc., 4 janvier 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 550, obs. J. MOULY, *CSB* 2000, A. 12, p. 456, obs. FR.-J. PANSIER.

³ Cass. Soc., 22 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs. J. SAVATIER.

⁴ Cass. Soc., 21 janvier 1988, *Bull. civ.* V, n° 58 ; 4 février 1988, *Bull. civ.* V, n° 96.

⁵ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 1064 ; WAQUET Ph., « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2007, p. 175.

⁶ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 603.

⁷ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 239.

⁸ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501, spéc. p. 21.

⁹ Pour un inventaire présenté comme exhaustif : MORVAN P., « La production de principes par la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, 2008, p. 21.

laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur »¹ ou, « vu le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »². Bien souvent, lorsque la Cour de cassation énonce ainsi une règle ou un principe sous le visa d'un arrêt de cassation, c'est qu'elle l'avait précédemment dégagé(e) et appliqué(e) dans un arrêt de rejet³.

Dans tous les cas, nulle disposition légale ne l'a *a priori* inspiré(e). C'est le juge qui énonce sa propre règle de droit. Poussant l'analyse plus loin, il est dit que « lorsqu'un arrêt prononce une cassation au seul visa de telles normes, on se trouve bien près d'une cassation, par la cour, pour violation de sa propre jurisprudence »⁴. Du même constat, le Professeur Jean Savatier en déduit « l'assimilation de la règle prétorienne à une règle légale »⁵. Le pouvoir normatif de la jurisprudence sociale ne fait donc aucun doute.

Deux autres techniques peuvent conforter l'analyse : le recours à la substitution de motifs et au moyen relevé d'office. Le premier consiste à substituer un motif de pur droit à un motif erroné retenu par les juges du fond, ce qui permet au juge d'exercer légitimement son pouvoir normatif. Il a été utilisé par exemple pour adopter la jurisprudence selon laquelle les licenciements pour motif économique prononcés avant un transfert d'entreprise intervenu dans les conditions prévues à l'article L. 1224-1 du Code de travail sont sans effet⁶.

Quant au moyen relevé d'office, la Cour de cassation a la faculté de l'utiliser en vertu des articles 12, 619 et 620 du nouveau Code de procédure civile. Cette possibilité consiste à relever d'office tous les moyens de pur droit, même s'ils n'ont pas été soulevés par le pourvoi. Ce fut le cas dans l'arrêt de l'assemblée plénière rendu le 8 décembre 2000 pour affirmer qu'« il n'appartient pas au juge, dans l'appréciation du bien-fondé de licenciements économiques, de contrôler le choix de gestion effectué par l'employeur »⁷.

Relevons pour conclure que souvent la formulation de la règle prétorienne est accompagnée d'une sorte de directive prescrite aux juges du fond pour son application : « le juge est tenu d'examiner [...] »⁸, « le juge doit contrôler [...] »⁹, etc. De telles expressions,

¹ Cass. Soc., 9 janvier 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 441, obs. J. MOULY.

² Cass. Soc., 17 juillet 1996, *JCP G* 1997, II, 22798, note J. CHORIN, *Dr. soc.* 1996, p. 1049, concl. p. LYON-CAEN et note J. SAVATIER ; 8 octobre 1996, *Bull. civ.* V, n° 315 ; 27 mars 2001, *JCP E* 2001, 1634, note C. PUIGELIER ; 23 février 2005, pourvoi n° 02-17.433, inédit.

³ FROUIN J.-Y., *op. cit.*

⁴ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, n° 63.

⁵ SAVATIER J., obs. sous Cass. Soc., 12 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 430.

⁶ Cass. Soc., 20 janvier 1998, *JCP E* 1998, 564, rapp. Ph. WAQUET.

⁷ Ass. plén., 8 décembre 2000, *Gaz. Pal.* 2001, n° 45, p. 8, note Fr.-J. PANSIER.

⁸ Cass. Soc., 29 juin 2005, *JCP E* 2005, 2169, note M. MINÉ.

⁹ Cass. Soc., 20 février 2008, *Bull. civ.* V, n° 39.

par lesquelles la Chambre sociale détermine elle-même l'attitude à suivre, recouvrent avec force l'office du juge. Force est de reconnaître que la Cour de cassation demeure ici maîtresse de l'étendue du contrôle, autant que lorsqu'elle l'exerce sur la qualification des faits opérée par les juges du fond.

Au regard de la quantité des exemples attestant de la capacité de la Chambre sociale à créer du droit du travail, nul ne peut contester son rôle normatif. Et la contestation est encore moins assurée à l'aune de la diffusion des règles prétorienne.

§ 2. De l'interprétation à la diffusion

Traditionnellement, c'est à la doctrine qu'il revient de présenter et commenter le droit positif, c'est-à-dire d'en donner connaissance, de l'expliquer, de le justifier, d'en effectuer la systématisation, voire de pronostiquer le changement. Elle est comprise comme « une possibilité par la réflexion sur la norme juridique d'infléchir celle-ci »¹. Or la Chambre sociale s'est en partie appropriée ce rôle. Cette appropriation revêt deux aspects : l'un consiste dans la diffusion de la jurisprudence sociale par la Cour de cassation elle-même en tant qu'institution, l'autre dans la systématisation du droit prétorien par les magistrats eux-mêmes.

Même si les procédés de diffusion des arrêts ne sont pas propres à la Chambre sociale², ils semblent concourir de manière significative au pouvoir normatif de la jurisprudence. Quels sont ces procédés ? Un arrêt peut être simplement diffusé (« D »), publié au Bulletin (« P »), précisément au Bulletin d'information de la Cour de cassation (« B » ou « F » pour « Flash »), ou être porté sur le site internet de la Cour de cassation (« I »).

Par ailleurs, la Cour de cassation a la possibilité d'adjoindre une note explicative qui précise le sens de sa position à l'intention des juges du fond, et/ou de produire un communiqué de presse destiné à un plus large public, dont la pratique s'est vite imposée à la suite de la rédaction des arrêts Les Pages jaunes du 11 janvier 2006³ qu'il s'avérait nécessaire d'éclaircir. Ladite décision précise de manière confuse les conditions dans lesquelles la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise peut être invoquée comme cause économique justifiant un licenciement.

¹ LYON-CAEN G., « À propos de quelques ouvrages de doctrine », *Dr. soc.* 1978, p. 292 ; COUTURIER G., « (Pour) la doctrine », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 221.

² Les autres chambres semblent moins y recourir aux yeux du conseiller Jean-Yves Frouin : Cf. « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1516.

³ Cass. Soc., 11 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1013, note J. PÉLISSIER, *Dr. soc.* 2006, p. 138, obs. J.-E. RAY ; PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 116, spéc. p. 527.

En effet, *quid* de la formule suivante : « la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou de celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère la réorganisation mise en œuvre pour prévenir les difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement [...] »¹. La Cour de cassation elle-même s'est efforcée à isoler ces conditions dans un communiqué de presse², afin de rendre sa décision la plus effective possible dans cette matière sensible.

Plus exceptionnellement, certaines décisions, que la Cour de cassation a estimé importantes, figurent dans son rapport annuel (« R ») pour en donner le sens « officiel », ou leurs solutions peuvent être expliquées lors de la publication du rapport³ et/ou des conclusions de l'avocat général. En somme, qu'un arrêt soit numéroté « P+B+R+I » signale qu'il revêt un intérêt tout particulier selon la Chambre sociale elle-même⁴. De tels procédés de diffusion⁵ utilisés profusément sont autant d'indicateurs de la valeur normative de ses décisions. Ils rendent compte d'une tendance de la Cour de cassation à développer une « politique de communication consciente d'elle-même »⁶, et que les magistrats n'hésitent pas à alimenter en rédigeant des commentaires sur leurs propres décisions. C'est le second aspect de « l'image doctrinale de la Cour de cassation »⁷.

La méthode consiste à donner le sens de chacune des décisions, d'en faire ressortir la cohérence globale, tout en suggérant parfois des évolutions. Il peut s'agir du commentaire, signé ou anonyme⁸, d'une décision prise isolément ou dans un ensemble de décisions rendues sur un même objet dans une période de durée variable. Par exemple, la solution de l'arrêt du 13 mars 2001⁹, qui subordonne la validité d'un licenciement à raison d'une maladie

¹ Cass. Soc., 11 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1013, note J. PÉLISSIER ; PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *op. cit.*, spéc. p. 527.

² Cf. GUIOMARD FR., « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.

³ Par exemple le rapport du conseiller Jean Merlin relatif à l'arrêt rendu par la Chambre mixte le 10 avril 1998 (MERLIN J., « Liberté syndicale et spécialité syndicale », *Dr. soc.* 1998, p. 565).

⁴ Par exemple : Cass. Soc., 26 janvier 2005 (P+B), *Dr. soc.* 2005, p. 567, obs. A. JEAMMAUD ; 18 mars 2003 (P+B+I), *RJS* 5/03, n° 616 ; 9 mai 2007 (P+B+R+I), *RDT* 2007, p. 452, obs. G. AUZÉRO.

⁵ Y compris l'indication de la formation qui l'a rendue (« FP » ou « FS » respectivement la formation plénière et la formation simple), car elle renseigne sur la valeur qu'il importe d'attacher à la règle qu'il contient.

⁶ LIBCHABER R., « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002, p. 604, spéc. p. 606.

⁷ *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Acte du colloque des 10-11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, La documentation Française, 1994, 251 p.

⁸ L'anonymat permet de restituer la liberté d'expression que la fonction empêche parfois.

⁹ Cass. Soc., 13 mars 2001, *SSL* 2001, n° 1055, p. 11, note C. GOASGUEN.

prolongée du salarié à la nécessité de son remplacement définitif, avait été suggérée par Sylvie Bourgeois et Jean-Yves Frouin ¹.

En outre, des explications peuvent être données pour justifier le processus de construction du droit prétorien présent et à venir, comme a pu le faire à plusieurs reprises le conseiller doyen Philippe Waquet ². Observons enfin l'ampleur des rubriques d'actualité jurisprudentielle des revues juridiques. À cet effet, la Revue Pratique de Droit Social consacre un entier numéro en réponse aux vœux « des abonnés qui souhaitent disposer d'un seul document récapitulant l'ensemble des décisions publiées dans l'année par la revue » ³. Près de cent quinze sommaires de jurisprudence commentés y sont répertoriés à la manière d'une veille juridique ⁴.

Cet effort de diffusion ne se serait pas développé sans l'influence décisive de personnalités composant la Chambre sociale sur l'évolution de la jurisprudence : mémoire et gardien de sa jurisprudence, c'est le président de chambre qui pense et suggère les évolutions possibles et (ou) nécessaires, qui donne le ton ⁵. Il est permis de mettre en cause la légitimité d'une telle influence sur le fonctionnement d'une institution qui a vocation à se déterminer collégalement, mais force est d'admettre que l'influence d'un magistrat est patente selon l'argumentation qu'il fournit et son pouvoir de conviction.

Un premier nom vient à l'esprit : Philippe Waquet, qui a eu dans les années 1990-2000, le souci constant, voire l'obsession, d'unifier ou du moins de clarifier le droit du travail autour de principes et de règles clairs orientés en partie vers les libertés du salarié dans l'entreprise ⁶. Il a pu être décrit comme le maître à penser de la Chambre sociale ⁷. D'autres figures marquantes sont plus récentes : Pierre Sargos qui affirme pourtant devant l'Association des Journalistes de l'Information Sociale qu'« il n'y a pas de jurisprudence Sargos » ⁸ ; ou Évelyne Collomp, dont le « profil de spécialiste du contentieux [bancaire] dérange » ⁹ quelques-uns.

Il n'est sans doute pas d'autres branches du droit privé dans laquelle la Cour de cassation manifeste autant de liberté et d'initiative dans la diffusion et l'explicitation des

¹ BOURGEOIS S. et FROUIN J.-Y., « Maladie et inaptitude du salarié », *RJS* 2000, p. 3, spéc. n° 37.

² Par exemple : WAQUET Ph., « Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1998, p. 62.

³ La mention apparaît sur la couverture de chaque numéro de la revue.

⁴ Cf. par exemple : *RPDS* 01/2010, n° 777, p. 2.

⁵ Cf. FROUIN J.-Y., « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1516.

⁶ WAQUET Ph., *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2003, 206 p.

⁷ *Le Monde*, 22 avril 1998, p. 3.

⁸ Conf. Presse A.J.I.S., 16 septembre 2004 (« Le bilan à mi-mandat du Président de la Chambre sociale », *SSL* 27 septembre 2004, n° 1183, p. 3).

⁹ BÉAL É., « La Chambre sociale échoit à une professionnel du droit bancaire », *LS Magazine* janvier 2007, p. 10.

règles juridiques. L'utilisation conjuguée des divers procédés d'interprétation est plus systématique dans la Chambre sociale que dans les autres chambres de la Cour de cassation, et contribue dès lors à caractériser sa volonté normative¹. Pour preuve ultime, la règle selon laquelle « en matière prud'homale, la preuve est libre »² ne figure nulle part ailleurs que dans les décisions de la Chambre sociale. À l'instar du Conseil d'État³, la Cour de cassation crée ainsi une partie du droit du travail, et est à elle-même sa propre doctrine⁴.

La situation donne l'impression que le législateur propose et le juge dispose⁵, que le juge intervient désormais à toutes les phases du processus de l'élaboration d'une règle de droit à la manière d'un parlementaire : il pense une évolution nécessaire, il formule des concepts utiles pour poser une règle, il explique sa position, etc. Ce n'est pas « sans rappeler le processus d'élaboration de la loi elle-même : annonce du projet et exposé des motifs, travaux préparatoires et loi, circulaire d'application »⁶. Le juge semble se substituer au législateur pour faire la loi, tel un « législateur d'exception »⁷. On ne peut réduire le rôle de la jurisprudence à une « légi-diction mécanique à laquelle on a cru pouvoir un temps la cantonner »⁸.

En définitive, la jurisprudence sociale n'est pas une collection de décisions éparses, mais une construction logique, élaborée certes d'espèce en espèce et au contact des faits, mais unifiée par les conseillers à la Cour de cassation. Elle est le « produit d'une coopération de divers acteurs et du jeu de plusieurs dispositifs, qui concourent à l'identification et à la fixation du sens des quelques décisions promises, à travers ces opérations, à une destinée jurisprudentielle »⁹. Néanmoins, si la jurisprudence sociale fait varier ainsi les règles et leur mode d'élaboration au nom de la sécurité juridique, cette dernière peut en pâtir.

¹ FROUIN J.-Y., « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501.

² Cass. Soc., 27 mars 2001, *JCP E* 2001, 1634, note C. PUIGELIER.

³ Le Conseil d'État « crée tout à la fois le droit administratif (par sa seule jurisprudence ou presque) et sa propre doctrine » (JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005, p. 134).

⁴ Cass. Soc., 13 septembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 253 : « la décision est conforme à la doctrine de la Cour de cassation ».

⁵ RAY J.-E., *Droit du travail, Droit vivant*, Éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 18^{ème} éd., 2009, n° 67.

⁶ FROUIN J.-Y., *op. cit.*, spéc. p. 24.

⁷ PERRIN J.-Fr., « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Éd. Bruylant, 1984, p. 211, spéc. p. 220.

⁸ RIALS S., « Ouverture : l'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3.

⁹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 60 ; SERVERIN E. et JEAMMAUD A., « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.* 1993, p. 91.

SECTION 2

UNE VARIABILITÉ AU PRIX DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

L'affirmation selon laquelle la jurisprudence sociale est rendue au nom de la sécurité juridique ne peut-elle pas être récusée par la question de son application dans le temps ? C'est finalement bien parce que la jurisprudence est perçue comme une source du droit, que sa rétroactivité pose problème au-delà du litige qu'elle tranche. La rétroactivité doit être envisagée non seulement sous l'angle des arrêts de revirement de jurisprudence, mais également sous l'angle des arrêts de principe novateurs. Les premiers bouleversant un état du droit prétorien, les seconds tranchant pour la première fois une question de droit, ils sont amenés à s'appliquer à des faits ou actes antérieurement accomplis ou conclus au regard de pratiques constantes qu'ils vont déjouer. Une jurisprudence en quelque sorte naissante peut avoir les mêmes conséquences qu'un revirement de jurisprudence, parce qu'« une solution jurisprudentielle n'intervient jamais dans un paysage juridique totalement vide »¹. L'un comme l'autre seront donc envisagés ici.

Lors du prononcé des arrêts de principe et de revirement, le juge construit le droit pour l'avenir, comme pour le passé, déliant ainsi « ce qui avait été maladroitement ou injustement lié »². Le risque d'insécurité juridique est alors inévitable et dans une certaine mesure souhaitable : il est de l'essence du droit du travail de s'adapter sans cesse tantôt pour réfréner, tantôt pour accompagner, voire pour accélérer les conséquences des évolutions sociales, économiques et politiques. Néanmoins, ce risque doit demeurer acceptable, ce qui suppose qu'il puisse être raisonnablement apprécié et faire l'objet de probabilités que l'avenir ne démentira pas systématiquement³.

C'est précisément l'étude de l'application de la jurisprudence dans le temps qui a été confiée à la Commission dite Molfessis à propos des arrêts de revirement⁴. La remise du

¹ MOULY Ch., « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement ? », *LPA* 4 mai 1994, n° 53, p. 9.

² OST Fr., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 150.

³ Cf. LAGARDE X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678, spéc. p. 680.

⁴ MOLFESSIS N., *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, La documentation Française, 2005.

rapport de ce groupe de travail a relancé le débat récurrent sur l'opportunité du principe de rétroactivité de la jurisprudence (§ 1).

L'inquiétude n'est pas nouvelle, mais la controverse s'est amplifiée sous l'effet de la multiplication des évolutions jurisprudentielles. C'est sans doute les arrêts rendus par la Chambre sociale le 10 juillet 2002 en matière de clauses de non-concurrence qui ont mis le feu aux poudres, et conduit le premier Président de la Cour de cassation à demander la création d'une commission pour réfléchir sur le phénomène¹. Contrainte de prendre position, ladite commission présidée par le Professeur Nicolas Molfessis préconise la « modulation dans le temps des effets »² des décisions de justice. La proposition apparaît comme l'exception au principe de rétroactivité de la jurisprudence (§ 2).

§ 1. Le principe de rétroactivité

Avant de redouter une quelconque atteinte à la sécurité juridique, il est indispensable d'exposer une controverse lexicale : « Peut-on parler de rétroactivité de la jurisprudence ? »³ s'interroge Thomas Piazzon. Si l'on s'en tient à la définition du Vocabulaire juridique publié par le Doyen Gérard Cornu sous l'égide de l'association Henri Capitant, la rétroactivité s'entend comme l'« efficacité renforcée consistant, pour un acte accompli ou pour un fait survenu à une certaine date, à produire des effets à partir d'une date antérieure »⁴. Dès lors que le revirement jurisprudentiel reporte « dans le passé des effets d'un acte ou d'un fait »⁵, il est dit « rétroactif par nature »⁶.

Pourtant, des auteurs mettent en doute cette idée : elle ne serait qu'une « prétendue rétroactivité »⁷ confondue avec l'effet déclaratif de la décision de justice⁸, dans la mesure où l'arrêt se borne à expliquer le sens d'une loi. Faute d'un contenu certain de la règle législative, « la situation ne peut pas être considérée comme valablement constituée »⁹. Une fraction de la doctrine estime que ce n'est pas la volonté du juge qui explique l'extension de son champ

¹ RADÉ Ch., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988.

² MOLFESSIS N., *op. cit.*, p.31.

³ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 335.

⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V^o « Rétroactivité ».

⁵ *Ibid.*

⁶ CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27^{ème} éd., 2002, n° 144.

⁷ BONNEAU Th., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24.

⁸ ZÉNATI Fr., *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, p. 154 et 267.

⁹ BONNEAU Th., *op. cit.*, spéc. p. 25.

d'application, mais l'« acceptation par la communauté des juristes »¹, ou « l'absence, en tout cas, d'opposition »². Toutefois, l'argument ne convainc pas eu égard aux divergences d'opinions doctrinales qui sont exprimées dans les divers commentaires publiés³.

Une autre théorie s'est construite sur l'opposition « entre le contenu juridictionnel de la décision, enfermée dans le cercle du litige, et son contenu jurisprudentiel »⁴. C'est-à-dire que la rétroactivité est dite juridictionnelle lorsqu'elle est inhérente à la fonction de juger un litige particulier, et dite jurisprudentielle lorsqu'elle consiste à faire « rayonner » la nouvelle règle sur « tous autres procès »⁵. Ainsi la jurisprudence serait-elle rétroactive à un double titre : elle s'applique non seulement lors du litige en cause, mais encore lors d'une autre situation générale sur laquelle elle a, *de facto*, des répercussions. La règle jurisprudentielle nouvelle aurait donc une portée plus large, puisqu'elle s'appliquera aux procès à venir, même si les faits sont antérieurs à l'arrêt de principe ou de revirement qui l'a vu naître. Rétroactif pour les parties au litige, l'arrêt l'est aussi pour tous les sujets de droit. Partant, il semble permis de « parler de rétroactivité de la jurisprudence »⁶ pour répondre à l'interrogation précitée de Thomas Piazzon.

L'abus de langage dénoncé ne paraît pas tant répréhensible que le laissent entendre les détracteurs de la rétroactivité de la jurisprudence comme le souligne cet auteur⁷ : la rétroactivité attachée à la jurisprudence n'est que la conséquence de la nature juridique de la règle énoncée qui emprunte la valeur de la loi⁸. Même si la théorie de l'incorporation de la règle jurisprudentielle à la règle légale a été dénoncée⁹, elle demeure l'explication de la rétroactivité de la jurisprudence. C'est parce que la règle jurisprudentielle est inséparable de la norme interprétée qu'elle est censée s'appliquer dans les mêmes conditions à partir de son entrée en vigueur. En définitive, toute décision de justice a par hypothèse un effet rétroactif dans la mesure où elle produit ses effets dans le passé. Et ce ne sont pas toutes les hypothèses rencontrées en droit du travail qui vont le démentir.

¹ *Ibid.*

² MAURY J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. RIPERT*, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 28.

³ Pour un exemple caractéristique : MAZEAUD A., « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. soc.* 2003, p. 164 ; MOULY Ch., « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p. 395.

⁴ HÉBRAUD P., « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à p. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 329, spéc. p. 348.

⁵ *Ibid.*

⁶ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 335.

⁷ *Ibid.*

⁸ DUPEYROUX O., « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463, spéc. p. 475.

⁹ Par exemple : ZÉNATI Fr., *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, p. 154.

Les répercussions du revirement opéré par la Cour de cassation à propos des clauses de non-concurrence permettent d'illustrer le propos. Dans trois arrêts rendus le 10 juillet 2002, la Chambre sociale a décidé que lesdites clauses ne sont désormais licites qu'à la condition de comporter une contrepartie financière¹. Elle en déduit qu'à compter du prononcé de ces décisions, le salarié auquel on voudrait opposer une clause dépourvue d'une telle condition pourra prétendre à en demander la nullité. Un employeur s'est plaint de l'application de ces arrêts en faisant valoir « que le moyen relevé d'office tendant à l'application à la présente instance de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 relative à la nullité des clauses de non-concurrence qui ne comporte pas de contrepartie financière, porte atteinte au principe de sécurité juridique prescrit par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »².

Or la prétention a été rejetée au motif que « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »³. La formule est « fort révélatrice de l'auto-suggestion pratiquée »⁴ par la Chambre sociale, d'autant qu'elle n'hésite pas à la réitérer⁵. La Cour de cassation⁶ est moins gênée d'assumer son rôle normatif pour « sauvegarder la liberté de décision judiciaire en lui octroyant ce privilège de rétroactivité dont le législateur n'oserait se prévaloir comme tel »⁷.

Consciente de l'enjeu de l'application dans le temps de ses décisions, le juge social a modifié son argumentation dans un arrêt en date du 17 décembre 2004. Il affirme cette fois que « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle » et que « loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

¹ Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; *Dr. soc.* 2002, p. 954, obs. R. VATINET.

² Cass. Soc., 7 janvier 2003, *RDC* 2003, p. 145.

³ Cass. Soc., 7 janvier 2003, *RDC* 2003, p. 145.

⁴ MORVAN P., « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001, p. 77, spéc. p. 82.

⁵ Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 814, avis P. LYON-CAEN, p. 817, chron. G. COUTURIER et J.-E. RAY, *Dr. soc.* 2004, p. 90, obs. J. MOULY, *JCP G* 2003, II, 10138, note E. MAZUYER, *RJS* 8-9/2003, p. 647, note J.-Y. FROUIN, *D.* 2004, p. 1761, note M. JULIEN ; 9 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. SARGOS et note D. THOUVENIN ; 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 593, note Ch. ATIAS.

⁶ Observons les variations terminologiques de la Cour de cassation : si l'on ne peut se prévaloir devant la première Chambre civile d'un droit acquis à une jurisprudence « figée » (Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 593, note Ch. ATIAS, *RTD civ.* 2000, p. 592, obs. P.-Y. GAUTIER), on ne peut invoquer devant la troisième Chambre civile un droit acquis à une jurisprudence « constante » (Cass. Civ. 3^{ème}, 2 octobre 2002, *Bull. civ.* III, n° 200). Quant à la Chambre criminelle, la formule est plus technique : « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle » (Crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 16).

⁷ ATIAS Ch., *op. cit.*

des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate »¹. Par cette nouvelle formule, la Cour de cassation reconnaît implicitement l'atteinte à la sécurité juridique que peuvent susciter les arrêts de revirement².

Cependant, sous l'apparence d'un bouleversement de sa position, la Haute juridiction n'entame en rien sa solution : en pratique, le revirement demeure d'application rétroactive. C'est seulement sur le fait d'avoir accepté de motiver sa décision au regard du principe de sécurité que la décision est remarquable. C'est parce que « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle », que la Cour d'appel en a fait une « exacte application ». Le débat s'est donc déplacé vers l'analyse de « l'impérieuse nécessité »³.

Au-delà de l'intérêt particulier du salarié, il y a un intérêt général à préserver la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle. Il est permis de s'interroger sur l'interprétation de cette solution : doit-on en déduire qu'*a contrario*, faute d'un impérieux motif d'intérêt général, l'application immédiate de la règle jurisprudentielle ne serait pas justifiée ? La réponse est affirmative selon les propos du Président de la Chambre sociale sous l'autorité duquel a été pris ladite décision : « c'est seulement lorsqu'un revirement n'est pas fondé sur un tel impératif de protection de la personne humaine que peut se poser la question de la limitation dans le temps des effets d'un revirement »⁴.

Et la Chambre sociale n'est pas la seule à suggérer de la sorte un droit jurisprudentiel transitoire. La deuxième Chambre civile a également décidé de ne pas faire une application de sa nouvelle interprétation issue de l'un de ses arrêts rendus le 8 juillet 2004, dès lors que celle-ci « aboutirait à priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁵. Aussi le Conseil d'État s'est-il engagé à son tour dans cette voie dans un arrêt en date du 11 mai 2004 à propos de l'annulation d'un acte administratif⁶.

¹ Cass. Soc., 17 décembre 2004, *D.* 2005, p. 110, obs. Fr. GUIOMARD, *RTD civ.* 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER, *Dr. soc.* 2005, p. 334, obs. B. GAURIAU.

² Cf. RADÉ Ch., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988.

³ Sur la discussion du fondement de la décision : RADÉ Ch., *op. cit.*, spéc. p. 990 ; MORVAN P., *JCP* 2003, I, 130 ; CHOISEZ S., « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 666.

⁴ SARGOS P., « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123.

⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956, note C. BIGOT.

⁶ CE, 11 mai 2004, *RFDA* 2004, p. 454, concl. C. DEVYS ; *AJDA* 2004, p. 1183, chron. C. LANDAIS et F. LENICA : « il appartient au juge administratif [...] de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation [de l'acte] pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les

Somme toute, l'arrêt de principe novateur ou l'arrêt de revirement, censé constituer un progrès du droit, n'est pas considéré comme une atteinte à la sécurité juridique, et en particulier, si la juridiction se borne à désavouer des pratiques hasardeuses, des montages juridiques qui n'étaient en quelque sorte autorisés que parce que la Cour de cassation n'avait pas été saisie de la question¹. Le juge ne ferait que révéler « un "pré-droit" ambiant dans la société où se déroule le procès, de sorte que la jurisprudence, contrairement à la loi, est toujours prévisible ; il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par le juge »².

Pourtant bien des revirements de jurisprudence surprennent. Il en est ainsi de l'extension de la protection exorbitante du droit commun des salariés, à raison du mandat ou des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise, lors de la rupture de leur contrat de travail à l'initiative de l'employeur pendant la période d'essai³. Le Professeur Antoine Mazeaud qualifie même certains arrêts de revirement de « subreptices »⁴ en citant l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 2 février 2006 selon lequel les salariés, dont le licenciement est nul, ont droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction de l'entreprise et leur réintégration, peu important qu'ils aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période⁵. On mesure une fois de plus la capacité de la Cour de cassation à faire varier ses positions au prix de la sécurité juridique.

Parce que l'orientation d'un changement de jurisprudence n'est pas toujours prévisible, la Chambre sociale s'efforce d'adoucir la surprise que va constituer l'arrêt en usant de plusieurs techniques. Elle a la faculté d'atténuer l'insécurité juridique grâce à la politique dite des « petits pas » par laquelle s'affirme progressivement la solution nouvelle⁶, ou grâce à la technique de *l'obiter dictum* par laquelle le juge répond à une difficulté juridique qui n'intéresse pas l'espèce en cause, mais fixe des solutions dans un domaine connexe⁷.

inconvenients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ».

¹ « Si la Cour de cassation avait été saisie plus tôt, elle n'aurait pas manqué de couper court à des errements de la pratique » (VOIRIN P., « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (À propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467).

² ZÉNATI FR., *op. cit.*, p. 154.

³ Cass. Soc., 26 octobre 2005, *SSL* 7 novembre 2005, n° 1235, p. 13, note J. DUPLAT.

⁴ MAZEAUD A., « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p. 744, spéc. p. 750.

⁵ Cass. Soc., 2 février 2006, *RDT* 2006, p. 42, obs. A. LECLERC, *JCP S* 2006, 1700, note J.-M. OLIVIER, *JCP E* 2006, 1579, note S. BÉAL et G. ROUSPIDE.

⁶ PUIGELIER C., « À propos du revirement de jurisprudence en droit du travail », *JCP E* 2004, 624.

⁷ CANIVET G., « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Arch. phil. droit* 2006, Tome 59 : La création du droit par le juge, p. 7, spéc. p. 30 : « *Les obiter dicta et autres déclarations sans utilité immédiate* ».

D'autres subterfuges peuvent être utilisés. On songe par exemple à la procédure d'avis dont la motivation est susceptible de lutter contre l'insécurité juridique, dès lors qu'une demande soulève une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges¹ ; ou encore au rapport annuel de la Cour de cassation qui permet de présager les évolutions futures de la jurisprudence. Sans oublier le « revirement rétrospectif », dont la paternité a été attribuée au Professeur Philippe Malaurie², qui « consiste à interpréter la loi ancienne de façon conforme à la loi nouvelle mais de manière différente de ce qu'était jusqu'ici la jurisprudence »³. Cela signifie que le juge finit par se convertir à la solution nouvelle, comme si la loi nouvelle avait été inutile⁴.

Les procédés d'atténuation des effets néfastes de la rétroactivité de la jurisprudence sont donc variables, mais la pratique a démontré qu'ils continuent à nuire à tous ceux qui ont bâti leurs prévisions sur la foi de l'ancien état du droit. C'est pourquoi, une exception au principe de la rétroactivité doit être élaborée.

§ 2. L'exception à la rétroactivité

À la demande de la Cour de cassation elle-même, un rapport élaboré sous l'égide du Professeur Nicolas Molfessis a été remis au Premier ministre en novembre 2004⁵, à l'époque même où la Chambre sociale tentait d'atténuer les effets néfastes de la rétroactivité de sa jurisprudence, comme il vient de l'être évoqué. Rompant avec la tradition française, les auteurs du rapport insistent sur la nécessité d'élaborer un « droit transitoire des revirements de jurisprudence » et, quant aux modalités de celui-ci, se prononcent en faveur d'une « modulation dans le temps des effets » des décisions de justice au cas par cas.

¹ L'article L. 151-1 du Code d'organisation judiciaire énonce ces critères dont l'application est d'interprétation stricte, ce qui ne rend pas cette consultation attractive. La pratique est même rare du fait de sa rigueur d'interprétation. Par exemple, la question de savoir si un salarié muté à l'étranger à sa demande depuis plus de six mois peut encore exercer son mandat de conseiller prud'homal ne saurait donner lieu à un avis de la Cour de cassation, parce qu'elle ne se pose pas dans de nombreux litiges (Cass. Avis, 9 juillet 1993, *Bull. civ.* n° 10, p. 11).

Cf. KEROMNES G., « La saisine pour avis de la Cour de cassation. Examen des conditions de recevabilité des demandes », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1571 ; MAZEAUD A., « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 383, spéc. p. 100.

² MALAURIE Ph., « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603, spéc. p. 612.

³ HUGLO J.-G., « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11/2001, p. 82, spéc. p. 91.

⁴ MALAURIE Ph., *op. cit.*

⁵ MOLFESSIS N., *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, La documentation Française, 2005.

Schématiquement, les propositions du rapport tiennent en quatre temps : en premier lieu, c'est à « la Cour de cassation elle-même »¹ qu'il appartient de consacrer la modulation dans le temps de ses arrêts, sans qu'il ne soit nécessaire de réformer le droit positif. En deuxième lieu, le pouvoir de modulation est réservé « aux formations de jugement aptes à assurer l'unité d'interprétation de la règle au sein de la Cour de cassation (Assemblée plénière, Chambre mixte, plénières de chambre) »². En troisième lieu, il est nécessaire qu'un débat contradictoire soit instauré au sein de la Cour quant à l'opportunité de moduler la solution dans le temps, mais encore « au-delà [des] parties », les juges devant inviter les « organisations et représentants des intérêts en cause dans la décision à venir »³. En quatrième et dernier lieu, il faut vérifier « la situation personnelle du justiciable ayant sollicité ne mérite aucun traitement de faveur qui lui permettrait de bénéficier précisément de la rétroactivité de la jurisprudence »⁴.

Ces propositions sont loin de faire l'unanimité. Des réactions sont parfois franchement hostiles⁵, d'autres plus nuancées⁶, ou assez favorables⁷. Pour quelles raisons ? Car si le rapport a le mérite de prendre position, certes avec prudence⁸, de nombreuses interrogations demeurent.

Par exemple, les auteurs du rapport ont laissé en suspens la question de savoir quelle formation de la Cour de cassation sera apte à exercer le pouvoir de modulation. S'agira-t-il d'une chambre simple, mixte ou plénière, voire de l'Assemblée plénière elle-même ? Le Professeur Patrick Morvan préfère exclure l'hypothèse d'une modulation décidée par une seule chambre, même en formation plénière, pour « réduire le double risque d'une divergence de jurisprudence entre les différentes chambres et d'un nouveau revirement qui provoquerait un inextricable "conflit de jurisprudence dans le temps !" »⁹.

¹ MOLFESSIS N., *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, La documentation Française, 2005, p. 35.

² MOLFESSIS N., *op. cit.*, p. 39.

³ MOLFESSIS N., *op. cit.*, p. 40.

⁴ MOLFESSIS N., *op. cit.*, p. 42.

⁵ HEUZÉ V., « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, 130 ; SARGOS P., « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123.

⁶ BOCCARA D., « Vous avez dit "revirement" de jurisprudence... », *LPA* 1^{er} mars 2005, n° 42, p. 10 ; DEUMIER P. et ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD civ.* 2005, p. 83 ; LAGARDE X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.

⁷ MORVAN P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 ; MONÉGER J., « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : livres propos et images marines », *RTD civ.* 2005, p. 323.

⁸ TERRÉ FR., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2009, n° 533, p. 439.

⁹ MORVAN P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 249, spéc. p. 251.

Et le Professeur Christophe Radé va encore plus loin en estimant que seule l'Assemblée plénière devrait se prononcer sur la question. Cette dissociation des compétences éviterait selon lui « la confusion des enjeux »¹, l'auteur même du revirement ayant une tendance naturelle à croire en l'extrême nécessité de celui-ci et, par conséquent, à en prôner l'application dans le temps la plus large possible. Nous partageons cette opinion sans nous rallier toutefois à la suggestion, moins raisonnable à notre sens, de préconiser qu'une autre juridiction devrait avoir vocation à fixer la portée dans le temps des arrêts de la Cour de cassation. Il n'est pas sûr en effet que l'instauration d'une nouvelle juridiction, ou la mise en place d'une commission *ad hoc*², soit de nature à garantir la sécurité juridique ; elle risque à tout le moins de ralentir la procédure.

D'autres interrogations, largement diffusées par les écrits doctrinaux, pourraient être soulevées à propos du contenu de ce rapport, mais tel n'est pas notre objectif. Il nous importe d'envisager une solution rationnelle à l'application de la jurisprudence dans le temps, qui permette de gommer efficacement ses effets néfastes.

De deux choses l'une : soit on persiste à se contenter des préconisations du rapport poussant la variabilité de l'application des arrêts à l'extrême, soit une réforme législative est entreprise pour permettre aux conseillers d'élaborer un véritable droit jurisprudentiel transitoire³. À choisir, nous préconisons la seconde possibilité, car elle a l'avantage de poser les conditions de mise en oeuvre de la modulation dans le temps de la jurisprudence.

Le dispositif légal pourrait notamment s'inspirer du modèle communautaire qui se déroule en trois étapes⁴ : la rétroactivité demeure le principe, au motif que tous les revirements ne portent pas atteinte aux anticipations légitimes des sujets de droit ; par exception, le juge peut décider que sa solution nouvelle ne vaudra que pour l'avenir ; néanmoins, en une sorte d'exception à l'exception, le juge peut décider que sa solution s'appliquera rétroactivement aux procès en cours.

Ce sont les lignes directrices de la réforme législative subodorée par Thomas Piazzon dans sa thèse relative à la sécurité juridique⁵. Cet auteur suggère à raison la rédaction d'une

¹ RADÉ Ch., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988, spéc. p. 993.

² Le Professeur Christophe Radé suggère d'élargir à l'ensemble des litiges la procédure issue de la loi du 15 juin 2000 qui a ouvert un recours en révision devant une commission *ad hoc* placée près la Cour de cassation (RADÉ Ch., *op. cit.*, spéc. p. 994).

³ Des auteurs ont soutenu que l'alternative résiderait dans la meilleure motivation des arrêts (RORIVE I., *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 525). Seulement on cerne mal en quoi elle permettrait de sauvegarder des prévisions antérieures qui se trouvent déjouées : « la motivation permet d'éclairer la portée juridique d'une décision, mais non sa portée dans le temps » (PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 578).

⁴ D'autres modèles ont été suggérés, notamment celui issu des États-Unis : MORVAN P., *op. cit.*

⁵ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 573.

nouvelle disposition dans le Code de l'organisation judiciaire comme suit : « par exception à l'article 5 du Code civil, lorsqu'elle le juge nécessaire pour la sauvegarde des prévisions juridiques, la Cour de cassation peut décider que sa jurisprudence ne vaudra qu'à partir de la date qu'elle fixe ou, à défaut, à partir de la date de la publication de son arrêt au Bulletin. Elle peut encore décider que la règle nouvelle s'appliquera également aux procédures judiciaires »¹. Cette solution consiste à laisser à la Cour de cassation le soin de déterminer dans le corps de l'arrêt la date d'entrée en vigueur de sa nouvelle jurisprudence, ou à défaut, de retenir la date de sa publication au Bulletin d'information.

À notre sens, il serait préférable d'inciter la Haute juridiction à fixer elle-même une date plus ou moins proche de celle de sa décision en fonction de la complexité de la question traitée et du temps nécessaire pour que la pratique s'y conforme. La publication pêche trop par une formalisation insuffisante² pour qu'elle puisse être un outil efficace : « en dépit des progrès réalisés dans le domaine de la transmission des connaissances, notamment par l'internet, il existe toujours un décalage entre le prononcé des arrêts de la Cour de cassation et leur diffusion. La jurisprudence n'entre pas en vigueur comme la loi, après publication.

En outre, tous les arrêts n'ont pas la même valeur et des contradictions existent entre ceux publiés et ceux non publiés, sans oublier les contrariétés de jurisprudence entre chambres, non résolues dans l'instant »³. Selon nous, l'option de la date de publication de l'arrêt devrait donc rester exceptionnelle pour ces raisons, à moins que les modes de diffusion soient plus réglementés.

En dépit de cette remarque, la proposition d'emprunt au modèle d'application de la règle légale nous séduit car elle offre l'avantage d'un fondement juridique, à l'opposé de l'inépuisable article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme trop emprunt de « subjectivisme de mauvais aloi »⁴ pour être compatible avec la conception que l'on se fait de la modulation dans le temps des arrêts de la Cour de cassation. C'est pourtant sur ce fondement que la Cour de cassation persiste à rendre ses décisions⁵, ce que nous déplorons.

D'autres auteurs sont favorables à une réforme législative. Par exemple : SERINET Y.-M., « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 328.

¹ PIAZZON Th., *op. cit.*, p. 581.

² Si l'ancien article R. 131-17, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire formalisait un semblant de procédure, ladite disposition a été abrogée par le décret n° 2005-13 du 7 janvier 2005 (*JO* 9 janvier 2005, p. 408).

³ BILLIAU M., note sous Ass. plén., 23 janvier 2004, *JCP* 2004, II, 10030, spéc. n° 6.

⁴ PIAZZON Th., *op. cit.*, p. 573.

⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956, note C. BIGOT; Ass. plén., 21 décembre 2006, *Bull. Ass. plén.*, n° 5; Cass. Com., 13 novembre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 243.

Si le phénomène d'insécurité juridique n'est pas un mal, mais un fait, il faut s'en accommoder « en s'efforçant de mieux le maîtriser »⁶.

⁶ LAGARDE X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678, spéc. p. 680.

CONCLUSION DU TITRE 1

Au total, la répartition des compétences législative et réglementaire est trop souple et sa protection trop « modérée »¹ pour rendre les frontières nettes entre ces deux sources du droit du travail. Plus que tout autre droit ayant une forte connotation politique², le droit du travail fait varier les empiètements en raison de sa finalité protectrice des salariés. Le verrouillage constitutionnel demeure impuissant à canaliser la variabilité de nature de la loi et du règlement. Chacun semble refléter, au moins en partie, la figure de l'autre : la loi a l'allure d'un règlement, le règlement l'allure d'une loi. L'un présente les caractères de l'autre. C'est en ce sens que l'on a affirmé que la loi emprunte l'aspect réglementaire, et le règlement l'aspect législatif. Ils, se dénaturent dans un mouvement d'affadissement que l'on retrouve dans l'autre facette du droit imposé : l'interprétation de la loi

La déduction est identique à propos de la jurisprudence : elle perd sa saveur originelle d'interprète de la loi en créant explicitement des règles de droit, elle se fait « l'égale de la loi »³. Cette dernière idée doit même être comprise au sens large, car force est de reconnaître que si la jurisprudence emprunte les caractères de la loi au nom de la sécurité juridique, elle emprunte aussi ses défauts liés à l'insécurité juridique. La jurisprudence est tout autant instable que la loi aujourd'hui. Certes pour des raisons différentes – la loi en raison de l'inflation, la jurisprudence en raison de sa rétroactivité – mais le résultat est similaire.

Au vu de la démonstration, la qualité de « source du droit » de la jurisprudence sociale paraît incontestable en dépit d'une légitimité discutable au regard de la séparation des pouvoirs et de la prohibition des arrêts de règlement. Elle est une source de droit « aussi indispensable qu'inévitable »⁴ en raison de « l'impotence du législateur [qui favorise]

¹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd. 2008, p. 72, spéc. n° 50.

² On pense au droit fiscal, au droit pénal, voire au droit de la famille lors de l'adoption du Pacte civil de solidarité par exemple.

³ CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27^{ème} éd., 2002, n° 149.

⁴ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, p. 239.

"l'impérialisme" latent des juges »¹. La Chambre sociale apporte des précisions utiles à des règles muettes, obscures ou insuffisantes selon les termes de l'article 4 du Code civil, afin d'établir une certaine cohérence juridique et d'atteindre au mieux l'idéal de sécurité juridique. Citons à cet égard Pierre Lyon-Caen, avocat général honoraire à la Cour de cassation : « il entre dans la "culture" de cette Cour qu'elle a un rôle majeur à jouer : assurer la sécurité juridique en unifiant l'interprétation de la loi sur l'ensemble du territoire national »². En réalité, le juge fait plus qu'interpréter la loi, il légifère au gré des problèmes de droit qui lui sont soumis. De fait, il construit le droit pour l'avenir, comme pour le passé, ce qui engendre malgré tout un risque d'insécurité juridique. L'arrêt de principe novateur comme l'arrêt de revirement sont en effet susceptibles de mettre à mal les prévisions juridiques des sujets de droit établies selon les règles anciennes puisque, par hypothèse, ils frappent des faits ou des actes antérieurement accomplis ou conclus au regard d'un état différent du droit positif. La question de l'application dans le temps de la jurisprudence n'étant toujours pas résolue, une réforme législative nous semble indispensable.

¹ DUPEYROUX O., « La jurisprudence, source abusive du droit », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Tome 2, Dalloz Sirey, 1960, p. 349, spéc. p. 374.

² LYON-CAEN P., « Faut-il retarder les effets des revirements de jurisprudence ? », *Dr. ouvrier* 2005, p. 139.

TITRE 2

LA VARIABILITÉ DU DROIT NÉGOCIÉ

« La loi n'est pas tout le droit : elle n'est qu'une source normative apportant au Droit certaines de ses règles. Le Droit naît aussi ailleurs »¹. Le droit du travail naît aussi de la pratique conventionnelle. Elle constitue une réalité sociale qui a une place incontestable dans l'ordonnement juridique de la relation de travail collectivement et individuellement.

Collectivement en ce que l'analyse des modalités d'élaboration laisse entrevoir l'essor de la production normative conventionnelle. Les conventions et accords collectifs, que l'on envisagera indistinctement², sont des actes juridiques d'une nature particulière. Ils reposent sur un accord de volontés conclu entre des organisations syndicales déterminées, dont la vocation est de s'appliquer à tous les salariés des entreprises entrant dans son champ d'application, même si ceux-ci ne sont pas adhérents à ces organisations syndicales. Leur champ d'application peut être matériel, professionnel ou géographique. Ils sont donc par nature variable. Leur implication est forte en pratique, ce qui conduit le droit du travail à rechercher un nouveau sens collectif en permettant la collaboration des partenaires sociaux à l'édiction des règles. De la perte de saveur des règles imposées se déploient d'autres sources juridiques *a priori* autonomes qui « transcendent la division habituelle entre la loi et le contrat »³. Qu'en est-il de la relation entre la loi et la négociation collective à l'heure actuelle ? C'est la première question à laquelle nous tenterons de répondre (Chapitre 1).

¹ TEYSSIÉ B., *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 5.

² La distinction est issue de l'article L. 2221-2 du Code du travail.

³ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 1032.

Individuellement en ce que l'analyse des modalités d'élaboration laisse augurer du rôle déterminant de la loi dans la conclusion du contrat de travail : « il n'y a pas de contrat sans loi, ni de loi sans contrat »⁴. Vision moderne du contrat de louage de services, la relation de travail peut se définir comme le contrat synallagmatique à exécution successive et à titre onéreux par lequel le salarié s'engage à fournir un travail, dirigé et rémunéré par son employeur. Cette définition ne relève pas de la loi, mais est le fruit d'une évolution prétorienne. Au demeurant, les diverses modifications dont le contrat peut faire l'objet nous conduisent à discuter de la détermination juridique de la relation de travail par la loi (Chapitre 2).

⁴ JESTAZ Ph. (dir.), *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, coll. « Études juridiques », 2005, p. 397.

CHAPITRE 1

LA LOI ET LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Une dialectique s'est progressivement établie entre la loi et la négociation collective, reposant sur la reconnaissance par l'État de l'aptitude des organisations représentatives à participer à l'élaboration de la loi : « l'association de la négociation collective à l'œuvre du législateur est entrée imperceptiblement dans nos mœurs »¹.

Un développement du droit négocié s'est construit sur les ruines de la loi, et le phénomène ne cesse de gagner en importance depuis trente ans². Alors que la convention collective est dite sous tutelle publique lors de son apparition au début du XIXe siècle, on lui reconnaît progressivement la nature conventionnelle. Le législateur concourt à l'effectivité du droit à la négociation collective dans les branches d'activités et dans les entreprises elles-mêmes. En ce sens, la loi du 4 mai 2004 est sans nul doute la réforme la plus importante intervenue depuis le retour remarqué de la liberté contractuelle effectué par la loi du 11 février 1950³.

Des procédés associent, de manière variable, le législateur et les partenaires sociaux dans l'élaboration des règles aux fins d'une plus grande effectivité du droit du travail (Section 1). Or un tel mode de production normative n'est pas sans conséquence sur la nature de la règle (Section 2).

¹ SUPIOT A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59, spéc. p. 62.

² VERDIER J.-M. et LANGLOIS Ph., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, p. 253.

³ Cf. PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 1038 et suivants.

SECTION 1

LES PROCÉDÉS VARIABLES D'ASSOCIATION

Les procédés d'association des partenaires sociaux à l'élaboration du droit du travail sont chronologiquement variables. La négociation de la règle est tout d'abord apparue en matière d'expérimentation avec l'autorisation du Conseil constitutionnel. Selon lui, le législateur peut confier aux partenaires sociaux le soin de fixer des règles relatives aux principes fondamentaux du droit du travail, dès lors que cette latitude lui permet « d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'évaluation des pratiques qui en ont résultées »¹.

Puis, la pratique s'est répandue au-delà de l'autorisation constitutionnelle. Le législateur multiplie les occasions de recourir à la négociation collective. De façon formelle ou informelle, le résultat de la négociation nourrit la loi à l'instar des débats parlementaires. La doctrine désigne le phénomène sous le vocable de « loi négociée »² pour exprimer la succession variable de la négociation collective et de la délibération parlementaire. Le juriste se perd parfois tant les interactions s'enchaînent. Par exemple, la loi du 12 novembre 1996 reprenant les termes de l'Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995³, a inspiré la Position commune du 16 juillet 2001⁴ qui a elle-même été reprise par la loi du 4 mai 2004⁵. Nous tenterons de lui faire retrouver son chemin en clarifiant les relations qu'entretiennent les conventions et accords collectifs avec la loi (§ 1).

Afin précisément d'éclaircir les interactions entre les partenaires sociaux et le législateur, est entré en vigueur un dispositif régulateur. Un chapitre préliminaire relatif au dialogue social apparaît désormais en tête des dispositions du Code du travail. L'objectif est

¹ Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 25, obs. M.-L. MORIN, *D.* 1997, p. 152, note B. MATHIEU ; Cf. MORAND C.-A., *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993.

² Pour une référence récente : LANGLOIS Ph., « Une loi négociée », *Dr. soc.* 2008, p. 346.

³ Cf. MORIN M.-L., « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 11.

⁴ Qui plus est en raison de la nature juridique particulière d'une Position commune (SSL 27 septembre 2004, n° 1183, p. 84).

⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

de procéduraliser la négociation de la loi, de formaliser la « co-production législative »¹. Il ne suffit plus de s'inspirer du résultat de la négociation, mais il faut véritablement dialoguer avant de légiférer. Ce n'est plus seulement la négociation collective qui légifère, mais c'est plus largement le dialogue social. On s'attachera alors à expliquer ce que recèle ce « dialogue légiférant »² (§ 2).

§ 1. Une loi négociée

De deux choses l'une. Soit la loi s'inspire du résultat d'une négociation en reprenant *a posteriori* le contenu de l'accord ou de la convention collective. Dans ce cas, la négociation précède *de facto* le texte législatif, raison pour laquelle on qualifie la négociation d'antélégislative (A). Soit la loi préexiste à la négociation collective en ce qu'elle fixe un cadre légal aux partenaires sociaux. Cette fois-ci, l'accord collectif succède à la loi afin de déterminer les modalités d'application des principes qu'elle édicte. En ce sens, la négociation est postlégislative (B).

A. Une négociation antélégislative

La négociation est antélégislative lorsque la loi résulte directement de la négociation collective qui a eu lieu avant. Elle reprend le contenu des conventions et accords collectifs conclus en amont, pour le transformer en termes légaux.

La législation sociale ne manque pas d'exemples où les accords collectifs ont précédé la loi, singulièrement ceux qui ont un caractère national et interprofessionnel. De l'adoption de la journée de huit heures par la loi du 23 avril 1919³ à la loi du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle⁴, en passant par la loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation⁵, le droit du travail recourt largement à la méthode. Notons que cette dernière s'est généralisée sous l'influence de la pratique communautaire. En effet, au sein de l'Union

¹ RAY J.-E., « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p. 496.

² CESARO J.-Fr., « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117.

³ LERAY I., « La réduction du temps de travail pour tous, la loi du 23 avril 1919, in *Deux siècles de droit du travail. L'histoire des lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les Éditions de l'Atelier, 1998, p. 117.

⁴ Loi du 4 mai 2004 reprenant l'Accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 (*JO* 5 mai 2004, p. 7983).

⁵ Loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle reprenant l'Accord national interprofessionnel du 9 juillet 1977.

européenne, les partenaires sociaux ont été régulièrement impliqués dans l'élaboration des normes communautaires depuis les années 1970 pour réformer de vastes secteurs du droit du travail. Ainsi naquirent, entre autres, la directive du 15 décembre 1997 relative au travail à temps partiel ¹ et la directive du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée ².

La pratique ainsi illustrée, en quoi consiste le technique antélégislative de la négociation ? Elle attribue aux partenaires sociaux le pouvoir d'initiative du contenu de la loi. C'est l'accord collectif qui va donner corps à la loi, en ce que cette dernière reprend purement et simplement la substance de la négociation. La règle se construit alors en deux temps : une négociation collective est tout d'abord organisée en amont de la délibération parlementaire, et ce de manière spontanée, c'est-à-dire sans aucune incitation ou orientation matérielle de la part du législateur, le Gouvernement pouvant toutefois qu'il reprendra dans un projet de loi, le cas échéant, les stipulations innovantes de l'acte négocié. Ensuite, la loi reprend librement le contenu des accords. Le législateur offre donc un cadre légal aux accords collectifs sans qu'il soit l'initiateur du processus de l'élaboration de la règle. Le droit est négocié, puis il est repris pour être imposé par les autorités publiques.

La situation paraît idéale compte tenu de la liberté de chacun, les partenaires sociaux échappant à toute contrainte étatique, le législateur à celle des rédacteurs. Toutefois, elle pêche précisément par l'absence de contrainte : ni le Gouvernement, ni le Parlement ne sont juridiquement liés par le contenu des textes ; et les partenaires sociaux y trouvent même un motif pour ne pas s'engager à conclure, voire un motif pour mettre en cause une loi en cours d'élaboration.

En témoigne la loi du 12 juillet 1990 relative aux contrats à durée déterminée et au travail précaire ³. Dans le but de court-circuiter le projet de loi adopté en Conseil des ministres, des négociations avaient débuté en novembre 1989 au cours desquelles le Conseil national du patronat français (CNPf remplacé aujourd'hui par le Mouvement des entreprises de Français – MEDEF) considérait le projet de loi comme un coup porté à l'emploi. Il semblait en effet plus restrictif que l'accord collectif. Par exemple, le législateur n'entendait prévoir que six cas de recours, alors que les partenaires sociaux en comptaient neuf. De fait, le processus parlementaire a été suspendu pour reprendre l'intégralité des stipulations conventionnelles. L'expression de « loi négociée » prend alors tout son sens : la discussion parlementaire étant occultée, la loi n'est plus délibérée, mais bien négociée.

¹ Directive 97/81/CE du 15 décembre 1997, *JOCE* n° L. 14 du 12 janvier 1998, p. 9.

² Directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, *JOCE* n° L. 175 du 10 juillet 1999, p. 43.

³ Loi du 12 juillet 1990 relative aux contrats à durée déterminée et au travail précaire, *JO* 13 juillet 1990, p. 4337.

Parfois, les négociations opèrent de véritable remise en cause de la loi. Tel fut le cas de l'accord du 9 juillet 1970 qui sollicitait les pouvoirs publics dans son préambule pour modifier le système légal de financement de la formation professionnelle. La requête a abouti puisque le dispositif légal fut abrogé. Tout indique ici que l'accord collectif ne se transforme pas en termes légaux, mais relève d'un appel au législateur. Les partenaires sociaux provoquent une modification de la loi, qui fige par hypothèse l'état du droit ; ils font varier l'état du droit, ce qui nous amène à leur attribuer un rôle d'acteur de la variabilité dans l'élaboration du droit du travail.

Au vrai, les partenaires sociaux ne font pas seulement prendre conscience au législateur de l'intérêt du recours à la négociation, ils le mènent à la programmer de lui-même. Soulignons en outre que de telles négociations entreprises en contradiction avec la loi, afin de promouvoir une réforme législative, ont été validées par le Conseil d'État¹. Par conséquent, elles ne sont pas des données purement factuelles, mais sont reconnues *de jure*. La pratique de la loi négociée est en quelque sorte consacrée.

La cause est entendue : la règle négociée, considérée comme plus proche de la réalité économique et sociale, présente l'avantage d'être mieux acceptée. Elle a ainsi une vertu pédagogique. On l'applique de façon plus spontanée, de sorte que le législateur y recourt davantage. Il est dit que la négociation collective occupe une « place fondamentale dans les sources du droit du travail en ce qu'elle précède et stimule la loi »². La démonstration l'a prouvé lors de la négociation antélégislative, reste à raisonner à partir de la négociation postlégislative.

B. Une négociation postlégislative

Outre le fait que les pouvoirs publics peuvent décider d'accroître le champ d'application d'un accord collectif déjà conclu en procédant à son extension ou à son élargissement, il arrive que la négociation succède à la loi pour fixer les modalités d'application des principes qu'elle édicte. Le procédé concerne alors davantage la mise en œuvre des réformes que leur conception, car la négociation collective intervient en complément de la loi.

¹ CE, 20 décembre 1995, *Syndicat national des masseurs kinésithérapeutes*, RJS 02/96, n° 154.

² Cf. LANGLOIS Ph. et VERDIER J.-M., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron. p. 47.

En réalité, les partenaires sociaux accompagnent le législateur, comme le pouvoir réglementaire le fait en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution. La technique n'a rien de scandaleux, puisque la double nature contractuelle et réglementaire des conventions et accords collectifs est reconnue depuis le début du XXe siècle¹. Par exemple, le régime de l'assurance chômage permet, depuis la loi du 27 mars 1979, la substitution de la convention d'assurance chômage au décret d'application des textes législatifs². L'accord collectif crée ainsi des règles de droit, sans même heurter la jurisprudence constitutionnelle³, parce que la Constitution permet à la loi, pour déterminer ses conditions d'application, de renvoyer aux conventions et accords collectifs en vertu du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail⁴.

Une objection doit toutefois être soulignée. Le renvoi à la négociation collective ne peut concerner que les « modalités concrètes d'application » de la norme légale⁵, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions autres que les principes fondamentaux confiés à la compétence exclusive du législateur. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas enfermé dans une définition étroite⁶ de ce concept de « modalités concrètes d'application », ce qui laisse le soin au législateur de déterminer le degré d'adaptation des partenaires sociaux.

Le juge constitutionnel a en effet décidé qu'il est loisible au législateur « de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »⁷. Le renvoi opéré par le Conseil constitutionnel à la « négociation collective » sans autre précision autorise le législateur à abandonner la détermination desdites modalités à tout type de convention ou accord collectif : les partenaires sociaux peuvent conclure de manière variable des conventions et accords collectifs au niveau interprofessionnel, au niveau de la branche, du groupe, de l'établissement ou de l'entreprise.

Relevons également l'emploi de l'adverbe « notamment » qui laisse présager d'autres modes de détermination possibles. À ce titre, une formule similaire était déjà présente dans la

¹ DURAND P., « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.* 1939, p. 353.

² Articles L. 5422-20 et suivants du Code du travail.

³ Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *AJDA* 2007, p. 677, note V. BERNAUD.

⁴ Huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

⁵ Même si la circonstance est assez rare, il faut rappeler que l'ouverture de la voie conventionnelle peut se réclamer de normes communautaires. Les partenaires sociaux sont souvent réticents à négocier une directive qui fixe la plupart du temps le résultat de la discussion (Rapport du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, 2008, p. 143).

⁶ Une contraction de la catégorie des principes fondamentaux a pourtant été suggérée à plusieurs reprises. Not. ROBINEAU Y., *Loi et négociation collective, Rapport au ministre du Travail et des Affaires sociales*, La documentation Française, 1997 ; MORIN M.-L., « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.* 1998, p. 419, spéc. p. 428.

⁷ Cons. const., 29 avril 2004 (Consid. 8), n° 2004-494 DC, *D.* 2004, somm. 3029, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT ; 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, *Dr. soc.* 2000, p. 257, obs. X. PRÉTOT.

décision du Conseil constitutionnel en date du 25 juillet 1989, réitérée par la suite ¹, selon laquelle le législateur peut « laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives » le soin de préciser les modalités en question. Une alternative est donc proposée sans que ne soit exigé un quelconque mandat de représentation, ce qui fait d'autant plus varier les formules de détermination collective desdites modalités.

Parmi ces formules alternatives, ne peut-on pas envisager le référendum ? Cette technique de démocratie directe issue du droit constitutionnel est déjà prévue dans quelques hypothèses légales ², notamment à la suite de la loi Aubry II du 19 janvier 2000 ³. Ou plus récemment, les lois du 4 mai 2004 ⁴ et du 20 août 2008 y font référence à plusieurs reprises, afin de pallier l'échec de la négociation collective. En réalité, on y recourt souvent pour conforter la légitimité d'un accord conclu avec les organisations syndicales représentatives ; mais rarement de façon autonome, parce que celles-ci sont inquiètes de voir leurs prérogatives mises à mal ⁵. Comme le souligne Jean Auroux lors de débats parlementaires en 1982 : « Le référendum, c'est la mort du fait syndical » ⁶. La théorie est une chose, la pratique en est une autre. Il n'est pas sûr que le référendum soit envisageable compte tenu d'un tel accueil défavorable.

Au demeurant, la « fonction réglementaire » ⁷ que le législateur confie aux partenaires sociaux ne heurte en soi aucun principe constitutionnel dès lors que le Parlement exerce pleinement sa fonction d'organe de détermination des principes fondamentaux du droit du travail. Dans le cas contraire, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à proscrire les dépassements de compétences en stigmatisant un abandon, au moins partiel, de compétence.

Dernièrement, il a rappelé que « s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir qu'en l'absence de convention collective ces modalités d'application seront déterminées par décret, il lui appartient d'exercer pleinement la

¹ Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, p. 627, obs. X. PRÉTOT ; 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 25, obs. M.-L. MORIN ; 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 476, obs. X. PRÉTOT.

² Par exemple à l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale en matière de régime complémentaire de retraite.

³ GAURIAU B., « Le référendum, un préalable nécessaire », *Dr. soc.* 1998, p. 338 ; « Le référendum et les accords "Aubry II" », *Dr. soc.* 2000, p. 311.

⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

⁵ COEURET A., GAURIAU B., ET MINÉ M., *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009, n° 945.

⁶ Jean Auroux était intervenu pour rejeter un amendement de l'opposition proposant un référendum à défaut d'accord collectif d'entreprise (*JO Débats Ass. nat.*, 2^{ème} séance, 10 juin 1982, p. 3245).

⁷ SUIPIOT A., « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, Tome 72, 1996, p. 631, spéc. p. 635.

compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »¹. C'est sur ce fondement que le juge constitutionnel censure les dispositions de la loi du 20 août 2008, qui confiaient aux acteurs sociaux la négociation de la durée du contingent annuel d'heures supplémentaires et de la durée de la contrepartie en repos des heures supplémentaires effectuées au-delà de ce contingent : « le législateur n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »². En d'autres termes, le Conseil constitutionnel exige que le législateur détermine de manière précise et non équivoque les droits et obligations relatives aux relations de travail, sans qu'il ne puisse transférer cette compétence exclusive à des acteurs privés.

Même déterminées de manière univoque, les situations dans lesquelles la loi peut imposer la négociation sont variables, ce qui obscurcit l'interaction entre le législateur et les partenaires sociaux. Qui plus est, il faut reconnaître que l'opposition entre négociation *ex ante* et *ex post* n'est pas nette dans la mesure où les acteurs conjuguent parfois les deux méthodes. Ce fut le cas lors de l'adoption des lois Aubry I et II de 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 : la première loi sur les trente cinq heures posait le principe et le calendrier de mise en œuvre, et renvoyait à la négociation collective pour les modalités concrètes de la réduction du temps de travail. Et ce sont lesdites modalités négociées qui furent destinées à servir de modèle pour la seconde loi.

L'intervention législative avait eu le mérite d'accélérer le processus en cours et de contraindre l'ensemble des partenaires sociaux à se positionner clairement dès l'ouverture des premières négociations. La variabilité est alors au cœur du dispositif : la négociation est imposée un temps, puis la loi s'en inspire. Pis, le brouillage est généralisé : le droit conventionnel peut être instrumentalisé par la loi qui programme sa négociation, et à l'inverse, la loi peut se trouver elle-même instrumentalisée par des accords conclus en amont de la décision politique³. C'est pourquoi, est mis en place un « dialogue légiférant »⁴.

¹ Cons. const., 7 août 2008 (Consid. 14), n° 2008-568 DC, *JO* 21 août 2008, p. 13079.

² *Ibid.*

³ SUPIOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 268.

⁴ CESARO J.-Fr., « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117.

§ 2. Un dialogue légiférant

Avant de parler de « dialogue légiférant » issu de la loi du 31 janvier 2007¹, la doctrine s'attache à identifier la « négociation légiférante »². La technique évolue : c'est à partir de données purement factuelles que le dialogue apparaît tout d'abord variable (A). Puis, les réformes se succédant, on ose espérer qu'il se stabilise (B).

A. Un dialogue variable

L'originalité du procédé du dialogue social réside dans l'engagement des partenaires sociaux à atteindre l'objectif prescrit par la loi, ce qui nous permet de la différencier de la négociation antélégislative³. En effet, si cette dernière s'en approche fortement, elle s'en différencie en ce que les partenaires sociaux conservent leur pouvoir d'initiative. Certes, le gouvernement peut indiquer qu'il reprendra les termes de l'accord collectif, mais il n'est pas l'initiateur du processus d'élaboration de la règle, comme c'est le cas dans l'hypothèse du dialogue social.

Précisément, le dialogue social consiste à légiférer en trois temps : le législateur commence par fixer dans une première loi un objectif général et à engager les partenaires sociaux à négocier les moyens d'atteindre cet objectif. La deuxième étape réside dans cette négociation. Enfin, le législateur adopte une nouvelle loi qui s'inspire des résultats des négociations ainsi intervenues. C'est donc la loi qui oriente le champ d'intervention de la négociation collective avant d'intervenir une dernière fois pour en tirer les conséquences.

Autrement dit, l'initiative appartient aux pouvoirs publics qui s'en remettent aux partenaires sociaux de manière ponctuelle, mais la méthode tend à se généraliser : plus le thème du dispositif est de nature à susciter des turbulences économiques et sociales, plus le législateur sera frileux de réformer en raison d'un risque de soulèvement social, plus il y aura recours. L'exemple le plus caractéristique, même s'il a fait l'objet de circonstances politiques particulières de cohabitation, est celui de la suppression de l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique. La loi du 3 juillet 1986 a renvoyé à la négociation

¹ *Ibid.*

² Rapport public du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008.

³ Cf. *supra*.

collective le soin de déterminer les grandes lignes de la réforme ¹, négociation collective qui a abouti à un accord le 20 octobre 1986 repris par la loi du 30 décembre de la même année ².

Cependant, cette méthode a ses limites car la négociation collective n'est pas toujours une solution. En témoigne la loi du 3 janvier 2003 ³ qui, si elle est suivie d'une phase de négociation, ne permet point de parvenir à un accord et oblige le législateur à trancher assumant seul la responsabilité des choix opérés ⁴.

Souvent les pouvoirs publics imposent aussi une date couperet en menaçant d'intervenir par voie législative en cas d'échec ; ce fut le cas en 1958 lors de la négociation de la première convention d'assurance chômage dont l'objet était de créer un régime d'assurance chômage avant le 1^{er} janvier 1959. Plus récemment, la perspective de l'adoption d'une loi sur la modernisation du marché du travail a semble-t-il incité quatre organisations syndicales à signer l'accord du 11 janvier 2008 ⁵.

Enfin, il arrive que législateur invite les partenaires sociaux à ouvrir une négociation sans envisager une nouvelle intervention postérieure à l'accord. Par exemple, la loi du 3 janvier 2003 n'a pas abouti dans le délai imparti de 18 mois pour la négociation des licenciements collectifs. La complexité est accentuée par le mélange de procédures formelles et informelles que connaît le dialogue social en France.

Chaque procédure est variablement formelle et informelle, ce qui génère des confusions, voire des tensions et des incompréhensions entre les acteurs. C'est pourquoi, le législateur s'est efforcé à procéduraliser l'association des partenaires sociaux à l'élaboration du droit du travail ⁶. On parle désormais de « dialogue légiférant ».

Les partenaires sociaux français y sont favorables. Ils proposent dès 2001 que la loi assure la priorité systématique à la négociation collective en esquissant un partage de compétences ⁷. La Position commune du 16 juillet 2001 manifestait déjà le souhait de

¹ Article 3 de la loi n° 86-787 du 3 juillet 1986 : « *Le Gouvernement déposera, au cours de la première session ordinaire du Parlement de 1986-1987, un projet de loi définissant, compte tenu des résultats de la négociation collective entre les organisations patronales et syndicales, les procédures destinées à assurer le respect des règles d'information et de consultation des représentants du personnel et d'élaboration des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagées par l'employeur en cas de licenciement pour cause économique* ».

² Cf. DESPAX M., « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p. 184.

³ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, *JO* 6 janvier 2003, p. 230.

⁴ Cf. Lettre rectificative au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, *Doc. Sénat*, n° 31, 2004-2005, p. 3.

⁵ FAVENNEC-HÉRY FR., « L'ANI sur la modernisation du marché du travail : un espoir ? », *JCP S* 2008, Act. 85.

⁶ SOURIAU M.-A., « Les réformes de la négociation collective (1) », *RDT* 2009, p. 14.

⁷ Position commune du 16 juillet 2001 : « *Ils conviendrait de prévoir que les interlocuteurs sociaux puissent au niveau national interprofessionnel, prendre, s'ils le souhaitent, le relais d'une initiative des pouvoirs publics dans leur champ de compétences [...]* » (MAZEAUD A., « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Dr. soc.* 2003, p. 361).

« donner un nouvel élan à la négociation collective »¹. Dans sa déclaration de politique générale en date du 3 juillet 2002, le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin indique que « les partenaires sociaux seront consultés avant toute initiative majeure de l'État. Ils se verront reconnaître une autonomie pour définir par voie d'accord, et dans le respect des principes fondamentaux de notre droit, les règles qui déterminent les relations du travail ».

Et le rapport « Pour un Code du travail plus efficace » présenté le 15 janvier 2004 par la commission présidée par Michel de Virville² conforte cette prise de position. Prenant acte de la tendance, le gouvernement s'engage « solennellement » dans la loi du 4 mai 2004 à ne pas entamer de réforme législative sur le droit du travail sans avoir invité préalablement les partenaires sociaux à la négociation³. En dépit de l'absence de valeur juridique de l'engagement, l'intention est louable ; mais les interrogations demeurent : qu'entend le gouvernement par invitation préalable ? S'agit-il d'une simple consultation ou d'une réelle négociation ? Rien n'indique la forme du dialogue.

Le mode de construction de la norme sociale aurait pu aussi connaître un développement supplémentaire si l'engagement pris par le Gouvernement, lors du vote de cette loi, de « renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail »⁴, avait été respecté. Or la voie de l'ordonnance de l'article 38 de la Constitution a été choisie sous le prétexte de l'urgence. La démarche fut très contestée, et le Gouvernement fut conduit à engager, tout aussi solennellement, une réflexion sur le dialogue social. Chose faite dans le rapport Chertier de 2006⁵.

Le Président de la République déclare même le 22 novembre 2006 devant le Conseil économique et social que désormais « il ne sera plus possible de modifier le Code du travail sans que les partenaires sociaux aient été mis en mesure de négocier sur le contenu de la réforme engagée et aucun projet de loi ne sera présenté au Parlement sans que les partenaires soient consultés sur son contenu »⁶.

¹ SSL 27 septembre 2004, n° 1183, p. 84.

² DE VIRVILLE M., *Pour un Code du travail plus efficace*, La Documentation française, 2004, point 5.1.1.

³ Exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 : « *Le gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le gouvernement. Le gouvernement proposera à la commission nationale de la négociation collective d'adopter une charte de méthode fixant les modalités pratiques de ce renvoi à la négociation collective interprofessionnelle, et notamment les délais de réponse des partenaires sociaux* » (JO 5 mai 2004, p. 7983).

⁴ Cf. Projet de loi n° 1233 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, novembre 2003, p. 15.

⁵ CHERTIER D.-J., *Pour une modernisation du dialogue social - Rapport au Premier ministre*, La documentation Française, 2006.

⁶ JCP G 2006, Act. 484.

L'espoir est déçu à la lecture de la loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social qui prend finalement quelques distances avec les diverses propositions ¹. La loi introduit dans le Code du travail un titre préliminaire prévoyant que toute réforme gouvernementale en droit social doit être précédée d'une triple procédure d'information, de consultation et de concertation : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation [...] » ² à laquelle s'ajoutent l'échange d'informations et la consultation de certaines instances à l'occasion de l'adoption de projets de loi.

L'avancée est politiquement importante, mais son régime est juridiquement porteur de nombreuses incertitudes ³. La réalisation du dialogue social est ainsi variable et elle a par hypothèse des incidences sur la répartition des compétences. Peut-on stabiliser cette situation ?

B. Un dialogue à stabiliser

Les illustrations, aussi circonstanciées soient-elles, de la fréquence des interactions de la négociation collective avec la loi conduisent à nous interroger sur la détermination du champ d'intervention des partenaires sociaux. Ne faudrait-il pas leur définir un domaine propre afin de stabiliser le recours au dialogue social ?

D'un point de vue matériel, la répartition du champ de compétences est dominée par l'article 34 de la Constitution aux termes duquel : « La loi détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». La détermination de ces « principes fondamentaux » a fait l'objet d'une lecture extensive de la part du Conseil constitutionnel, qui laisse au pouvoir réglementaire le soin de fixer les règles de leur mise en œuvre ⁴. Qu'en est-il du pouvoir des partenaires sociaux ? Ont-ils un domaine réservé de compétences ? La loi du 13 juillet 1971 a inséré dans l'ancien Code du travail une

¹ *Rapp. AN.*, n° 3465, PERRUT B., p. 8 : « certaines idées contenues dans le rapport établi par M. Dominique-Jean Chertier ont été reprises, d'autres finalement non ».

² Article L. 1 du Code du travail.

³ Pour un exposé complet des incertitudes : CESARO J.-Fr., « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117.

Observons cependant qu'une controverse est sur le point d'être éteinte, puisqu'une proposition de loi est en cours de lecture au Parlement. Son objet est d'étendre le champ d'application du dialogue social aux propositions de loi que l'article L. 1 du Code du travail ne prévoyait pas. En effet, seul les projets de lois y sont mentionnés.

⁴ Cf. supra.

disposition que l'on retrouve à l'article L. 2221-1 (qui se substitue à l'article L. 131-1) relatif à l'« objet des conventions et accords ». Le législateur reconnaît l'existence d'un « droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales ».

Quelle est la consistance de ce droit ? Elle est certaine quant à sa valeur, mais variable en sa teneur. En effet, le droit à la négociation, conforté par des normes européennes ¹, s'est vu attribuer une valeur constitutionnelle sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qui énonce le principe de la participation des salariés à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ². Cette reconnaissance ne conduit toutefois pas à accorder un « domaine réservé de production des normes » ³.

Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs jamais considéré que l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 venait restreindre le domaine de compétence du législateur fixé par l'article 34. La discussion se poursuit donc en ce qui concerne la variabilité de la teneur de l'association du dialogue social à l'élaboration du droit du travail. En témoigne l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui propose une répartition générale des compétences : « certains des points abordés ci-dessus nécessiteront pour entrer en application une disposition législative, d'autres devront être arrêtés en concertation avec les pouvoirs publics et enfin d'autres encore relevant de la seule compétence de l'État auquel les partenaires sociaux se réservent de faire des suggestions comme en matière d'orientation et de formation initiale, de fiscalité pour faciliter la mobilité géographique ou encore de passage d'une situation à une autre [...] » ⁴.

Nul doute que le droit positif progresse dans la création d'un nouveau modèle de répartition des compétences matérielles entre la loi et le dialogue social. Le législateur joue même d'imprudence quant au respect des principes constitutionnels : quelques initiatives dépassent parfois le partage des compétences comme il a été démontré. Le risque pour le législateur est d'être largement dépossédé de son pouvoir de créer la norme sociale, de surcroît lorsque l'appel au dialogue social est mieux entendu, mieux accepté.

Néanmoins, n'est-il pas préférable d'y faire appel ainsi, plutôt que pour répondre à des circonstances particulières marquées par des distorsions latentes et difficiles à transiger ?

¹ Charte sociale européenne révisée en 1994, Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs de 1989 et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée en 2000.

² Par exemple : Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC (Consid. 8), *Dr. soc.* 1997, p. 25, obs. M.-L. MORIN.

³ ROBINEAU Y., *Loi et négociation collective, Rapport au ministre du Travail et des Affaires sociales*, La documentation Française, 1997.

⁴ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, Annexe.

Encore faut-il se garder de tomber dans l'excès auquel pareil engagement pourrait conduire : un renvoi systématique aux partenaires sociaux synonyme de paralysie et facteur d'abaissement du Parlement, menacé d'être réduit à donner force de loi à des accords collectifs. Afin d'éviter tel risque de dérives, la doctrine préconise de préparer une réforme constitutionnelle pour modifier notamment l'article 39 relatif aux pouvoirs d'initiative normative. Reste à en déterminer les termes.

Somme toute, l'association des partenaires sociaux à la prise de décision dépend de facteurs variables d'ordre politique et contextuel. Elle varie surtout en fonction des matières concernées et de l'implication des partenaires sociaux. Les pouvoirs publics tentent de la procéduraliser, mais les imperfections demeurent. Quelles sont les incidences de cette variabilité sur la nature des règles ?

SECTION 2

LES INCIDENCES SUR LA NATURE DE LA RÈGLE

L'association du législateur et des partenaires sociaux dans la production du droit du travail a des incidences sur la nature de la règle : nécessairement quant à leur rôle en tant qu'acteur de l'élaboration du droit du travail (§ 2), mais aussi plus insidieusement, lors de la transcription de l'accord collectif par la loi (§ 1).

§ 1. Quant à la transcription de la règle

Les procédés d'association de la négociation collective à l'élaboration de la loi soulèvent plusieurs interrogations : en cas de reprise pure et simple d'un accord collectif, quelle valeur juridique peut-on attribuer au texte final ? Peut-on espérer que la reprise ne donnera lieu à aucune modification ? S'abriter sous le « parapluie conventionnel »¹ des partenaires sociaux n'est pas un mince avantage, mais le risque d'abaissement de l'autorité du Parlement ne saurait être sous-estimé. Et en cas de reprise partielle, la cohérence d'ensemble de l'acte négocié n'est-elle pas menacée dans la mesure où celui-ci est le résultat de concessions patronales et syndicales ? Autant d'interrogations qui seront les lignes directrices de ce développement présentant les incidences sur la nature de la règle lors de la transcription totale de l'accord collectif (A) et lors de sa transcription partielle (B).

A. Lors de la transcription totale

Il est commode pour le législateur de se borner à transcrire les termes d'un accord conclu à la suite d'une négociation collective. En pratique, il peut reprendre l'accord collectif selon l'alternative suivante : soit les parlementaires le reproduisent sous forme d'articles de

¹ ANTONMATTEI P.-H., *Les conventions et accords collectifs de travail*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996, p. 4.

loi, soit ils l'annexent à la loi. Autrement dit, la convention collective se présente sous l'apparence d'un acte négocié entre les partenaires sociaux tout en produisant les effets de la loi. Ce sont donc des actes de nature conventionnelle à effets législatifs.

Le dualisme avait déjà été mis en évidence par le Professeur Paul Durand en 1939¹. On parle dorénavant d'acte mixte ou d'acte *sui generis*². Osons lui attribuer le qualificatif variable : un temps accord, un temps loi, sa nature juridique varie. La loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation est un exemple topique de ce procédé ; elle donne force légale aux « droits nouveaux ouverts par les clauses de l'Accord national interprofessionnel » du 10 décembre 1977 qu'elle fait apparaître en annexe³. Inspirée du droit communautaire, la technique n'a suscité aucun émoi de la part du Conseil constitutionnel à l'époque⁴. Pourtant, elle est loin d'être à l'abri de polémiques.

Singulièrement, le législateur doit prendre garde à ne point être « confiné dans un rôle de chambre d'enregistrement »⁵ des accords collectifs, à ne point être transformé en greffier chargé d'inscrire les stipulations conventionnelles sous la dictée des partenaires sociaux⁶. Ceux-ci n'ont pas le rôle de « tenir la plume des parlementaires »⁷ ! Sans aller jusque-là, force est de reconnaître que l'accord collectif devient un document assimilable aux travaux préparatoires de la loi⁸, dans lequel il serait permis de rechercher la volonté réelle des rédacteurs du texte, voire simplement son interprétation.

En ce sens, le Professeur Gérard Couturier soutient que l'accord collectif aurait pour ainsi dire la « fonction de projet de loi »⁹, ce qui a conduit les partenaires sociaux à revendiquer en vain un pouvoir que la Constitution de la Vème République accorde au Gouvernement : celui de limiter le droit d'amendement du Parlement, et d'imposer à ce

¹ DURAND P., « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.* 1939, p. 353.

² Par exemple : MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1971.

³ Loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, *JO* 20 janvier 1978, p. 426.

⁴ Cons. const., 18 janvier 1978, n° 77-92 DC, *JO* 19 janvier 1978.

⁵ VERKINDT P.-Y., « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 519, spéc. p. 522.

⁶ TEYSSIE B., « La loi en droit du travail », in *La loi, Bilan et perspectives*, sous la direction de C. PUIGELIER, Éd. Economica, coll. « Études juridiques », 2005, Tome 22, p. 161, spéc. p. 180.

⁷ LYON-CAEN G., « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.* 2001, p. 1031, spéc. p. 1033 : l'auteur s'interroge en note de bas de page à la suite de ces affirmations : « À la limite, on se peut se demander si l'entrée dans le Code du travail de la catégorie juridique de l'ANI n'a pas été une erreur. Devenue « envahissante » cette véritable source de droit peut à la longue pervertir le système juridique tout entier. On peut à juste titre parler de pollution ».

⁸ DAUXERRE N., *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2005, p. 266.

⁹ COUTURIER G., *Traité de droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Droit fondamental », Tome 1, 3^{ème} éd., 1996, n° 27, p. 53.

dernier un « vote bloqué » sur la légalisation de leur accord¹. Or cette prérogative est exclusivement détenue par le Parlement. Il exerce librement son droit d'amendement depuis une décision constitutionnelle du 13 novembre 1996² au terme de laquelle il ne peut se voir privé de son pouvoir de rédiger la loi. C'est un droit constitutionnel. En théorie, la méthode paraît donc justifiée en dépit des quelques réserves émises, mais en pratique, elle est peu appliquée : le législateur est tenté de modifier le contenu des accords collectifs.

Afin de contrecarrer le risque de dépassement des pouvoirs publics, les partenaires sociaux insèrent parfois une clause à teneur variable dans les accords collectifs. La pratique n'est pas automatique, mais lorsqu'ils en usent, ils se dotent d'un pouvoir de dissuasion qui peut se décliner de deux façons.

En premier lieu, la menace peut être légère lorsqu'il est stipulé que « l'entrée en vigueur de [l'accord...] est subordonnée à l'adaptation de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application [...]». Si les dispositions législatives et réglementaires n'étaient pas en conformité avec celles du présent accord, les parties signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité³. Dans ce cas, les partenaires sociaux « demandent à être associées à la préparation des dispositifs législatifs et réglementaires nécessaires à la mise en œuvre [de l'accord] »⁴. Observons cependant que cette requête n'apparaît plus dans l'Accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009⁵.

En second lieu, la menace peut être plus forte lorsqu'est introduite une clause aux termes de laquelle est prévue « l'autodestruction » de l'accord si les stipulations de ce dernier venaient à en être modifiées par la délibération parlementaire. Ce genre de « clause d'autodestruction »⁶ en prévoit donc la caducité en cas de modification. L'illustre la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008⁷ qui emprunte l'intitulé de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 « dans la mesure où cette loi a pour but de "valider" l'accord national interprofessionnel qui a expressément subordonné sa validité "à

¹ Article 44, alinéa 3, de la Constitution : « Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement ».

² Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, JO 13 novembre 1996, p. 16531 ; MORIN M.-L., « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 31.

³ Article 28, alinéa 1^{er}, de l'Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle ; article 56 de l'Accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009 sur le développement de la formation tout au long de la vie professionnelle, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels.

⁴ Article 28, alinéa 2, de l'Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle.

⁵ Sa disparition fait sans doute suite à l'entrée en vigueur de l'article L. 1 du Code du travail.

⁶ RAY J.-E., « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p. 496, spéc. p. 500.

⁷ PÉLISSIER J., « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 8-9/08, p. 679.

l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application" »¹. La précision est quelque peu sournoise, et précisément trompeuse « car son contenu, à la différence de celui de l'accord national interprofessionnel, est assez limité »². L'« équilibre d'ensemble » de l'accord est rompu à l'aune de la transcription partielle.

B. Lors de la transcription partielle

Alors que les signataires des accords collectifs fustigent le Parlement de ne pas reprendre « tout l'accord, rien que l'accord »³, il n'existe pourtant aucune certitude sur les perspectives de reprise du texte négocié. La loi n'est pas toujours la « simple reproduction ou la paraphrase d'un accord national interprofessionnel préalable »⁴, elle peut en être une transcription partielle. En témoigne la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie qui fait œuvre créatrice lors de la transposition de l'Accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009 sur le développement de la formation, sur la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels⁵. Le dispositif légal s'écarte très nettement de la volonté des partenaires sociaux en introduisant des dispositions nouvelles, notamment un droit à l'orientation professionnelle et de nouvelles règles sur l'offre de formation. Le législateur est en effet libre de réécrire arbitrairement la convention collective⁶, malgré le risque de mettre en péril l'équilibre d'ensemble du texte conventionnel. Plusieurs raisons l'expliquent.

Tout d'abord, *de jure*, le Gouvernement n'est pas tenu par les accords des partenaires sociaux, et est fondé à proposer au Parlement des modifications du texte. La logique démocratique veut que le Parlement ait le dernier mot. Ensuite, *de facto*, les transcriptions partielles s'expliquent par des raisons politiques. Le Président de la République prenant des engagements au moment de la campagne électorale, le gouvernement se doit d'assumer ses responsabilités avec la majorité parlementaire. On songe par exemple à la promesse de Nicolas Sarkozy de mettre fin aux contraintes législatives et réglementaires pesant sur la durée du travail, qui justifie les libertés prises lors de l'adoption de la loi du 20 août 2008 sur

¹ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail.

² Cf. PÉLISSIER J., « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 8-9/08, p. 679.

³ GRIGNARD M., « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010, p. 515.

⁴ LYON-CAEN G., « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.* 2001, p. 1031, spéc. p. 1034.

⁵ FREYSSINET J., *Négocier l'emploi : cinquante ans de négociations interprofessionnelles*, Éd. Liaisons, 2010.

⁶ VÉLOT Fr., « Quand la loi réécrit la convention collective », *SSL* 20 mars 2006, n° 1253, p. 12.

le temps de travail par rapport à la Position commune du 9 avril 2008 ¹. Un tel pouvoir d'initiative est-il sans limite ?

Une limite à la liberté de transcrire partiellement un accord collectif dans la loi a été consacrée par le Conseil constitutionnel dans une décision en date du 13 janvier 2000 rendue à propos de la réduction du temps de travail ². En l'espèce, la loi du 13 juin 1998 avait prévu que les partenaires sociaux négocient « les modalités de réduction effective de la durée du travail adaptées aux situations de branches et des entreprises [...] ». Alors que le Parlement devait s'inspirer des accords conclus, il s'en est éloigné, car les partenaires sociaux avaient conclu des accords qui, bien que conformes à la lettre de la première loi, ne répondaient pas à son esprit. Dès lors, non seulement la loi Aubry II ne reprit pas à son compte l'esprit de ces accords, mais son article 28 intimait aux partenaires sociaux l'ordre de les renégocier dans un sens qui lui soit conforme. Le législateur pouvait-il anéantir ainsi des normes contractuelles participant au processus législatif, au seul motif qu'elles ne répondaient pas à ses attentes ? Le Conseil constitutionnel l'a refusé ³.

Certes, selon lui, il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords législatifs conclus sous la première loi ; mais il ne pouvait remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant, sauf à méconnaître deux principes à valeur constitutionnelle : le principe de liberté énoncé à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ⁴, et le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail cité au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Déjà en 1998, le Conseil constitutionnel rappelait l'importance de la liberté contractuelle : « Le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des Droits de l'Homme » ⁵.

¹ GAURIAU B., « La Position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, Act. 197.

² Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC, *Dr. soc.* 2000, p. 257, obs. X. PRÉTOT.

³ *Ibid.*

Le Conseil constitutionnel a jugé « qu'il était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords ; que, toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles susrappelées, il ne pouvait dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant ».

⁴ Article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société une jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

⁵ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-4091 DC, *JO* 14 juin 1998, p. 9033.

Ces fondements ont même été rappelés dans les décisions du 16 juillet 2007 et du 7 août 2008 ce qui accentue la force du propos : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 »¹. Ainsi, la liberté du législateur demeure sous le contrôle vigilant du Conseil constitutionnel qui lui interdit de remettre en cause les accords qu'il a initiés s'il ne peut invoquer un motif d'intérêt général suffisant.

Mais qu'entend-on par « motif d'intérêt général suffisant » ? Aucun auteur ne s'accorde sur ce point. La définition demeure à la discrétion de la Haute juridiction qui, au demeurant, sera la seule à pouvoir donner son aval à la transcription partielle des stipulations conventionnelles. Par un raisonnement *a contrario*, elle pourra, sur le fondement de ces mêmes textes, déclarer contraire à la Constitution tout ou partie du projet voté par le Parlement en considérant que l'intérêt général ne justifiait pas la transgression de l'accord, ou que ce motif était insuffisant pour l'écarter. À notre connaissance, elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer en ce sens.

En résumé, le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle aux atteintes que le législateur peut éventuellement porter à la liberté contractuelle ; et il a admis que le pouvoir législatif pouvait être borné par le respect dû aux conventions collectives. A-t-il ainsi contrôlé la répartition des domaines entre la loi et la convention à la manière du contrôle opéré en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution relatifs à la répartition de la loi et du règlement ? Le doute est permis, ce qui exhorte les partisans d'une réforme constitutionnelle. Les incidences de l'association variable du législateur et des partenaires sociaux quant à la transposition de la règle ne sont donc pas taries, reste à voir si tel est le cas également quant à l'auteur de la règle.

§ 2. Quant à l'auteur de la règle

On l'a vu, le pouvoir d'initiative des lois change variablement de mains : il peut être exercé en tout ou partie par le législateur ou par les partenaires sociaux. La légitimité de ces derniers est d'ailleurs encore discutabile malgré la réforme relative à leur représentativité (B).

¹ Cons. const., 16 juillet 2007, n° 2007-556 DC (Consid. 17), *Dr. soc.* 2007, p. 1221, obs. V. BERNAUD ; 7 août 2008, n° 2008-568 DC, *JO* 21 août 2008, p. 13079.

En outre, le fait que le droit du travail soit davantage négocié dans l'entreprise que délibéré *stricto sensu* au Parlement nous conduit à mettre en doute la légitimité de la représentation de ces acteurs dans la technique de l'élaboration de la loi sociale (A).

A. La représentation

Le sens de la loi procédant des accords qui accompagnent son élaboration, la représentation que l'on s'en fait classiquement est altérée. La loi sociale n'est plus à part entière une règle générale, abstraite et absolue. Elle ne correspond plus semble-t-il à l'idée que l'on se fait de la représentation nationale du législateur.

Pour expliquer cette transformation, nous avons vu que le processus d'élaboration législative est régulièrement entrecoupé par une phase de négociation. Schématiquement, trois étapes se succèdent : une première délibération au cours de laquelle la loi fixe le cadre général dans lequel les partenaires sociaux sont invités à prendre place, une négociation qui vise à atteindre les objectifs fixés dans la loi de cadrage, et une seconde délibération qui intervient pour légaliser l'accord. Dès lors, on progresse insensiblement de la négociation à la délibération, et inversement, alors même que ces modes d'élaboration de la règle ont des finalités divergentes.

C'est à partir l'opposition entre négociation et délibération que l'on expliquera ici l'incidence de la variabilité du droit négocié sur la nature de la loi sociale. Tandis que la négociation réside dans la recherche d'un partage d'identités adverses, la délibération poursuit une identité commune¹. En effet, lors de la négociation, les partenaires sociaux élaborent ensemble les stipulations dans une œuvre commune ; ils identifient un intérêt commun à la suite d'un marchandage des intérêts privés. À l'opposé, l'idée de mesure des intérêts n'est pas présente dans la délibération, car il est question de faire advenir dans la confrontation des points de vue, une exigence commune capable de discipliner les intérêts privés. Autant la délibération est le passage obligé vers une décision prise à la majorité que la négociation procède de l'accord entre partenaires : d'un côté l'on coupe, de l'autre on transige². Or, donner de l'espace aux partenaires sociaux dans l'élaboration du droit du travail ne conduit-il pas à estomper ladite distinction ?

¹ CAILLOSSE J., « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 133, spéc. p. 135.

² CAILLOSSE J., *op. cit.* spéc. p. 146.

Lors du vote des lois, les parlementaires ne s'obligent pas *stricto sensu*, ils ne s'engagent nullement envers les autres représentants, si ce n'est politiquement. Dans la conception initiale, inspirée de Jean-Jacques Rousseau, la loi est l'expression de la volonté générale, celle de la nation toute entière représentée par l'ensemble de ses députés sans considération de classe, de caste, de groupe de pression¹. C'est parce qu'elle exprime la volonté générale que la loi n'est pas en principe soumise aux jeux d'intérêts particuliers de groupes sociaux.

Pourtant, négocier la loi conduit à remettre en cause son caractère absolu : « la loi devient une norme relative, dont le sens dépend des conventions qui la préparent ou la mettent en œuvre »². Elle s'inscrit dans la promotion d'une autre politique législative plus soucieuse des réalités économiques et sociales du marché du travail. La finalité de la loi n'est plus la recherche de l'intérêt général, mais la transaction entre des intérêts particuliers issus des catégories socioprofessionnelles. La loi ne représente plus l'expression de la volonté générale, mais celle de volontés particulières.

De surcroît, l'intérêt général n'est pas l'ambition de la négociation collective par hypothèse. C'est en partie à cette condition que la conclusion d'accord collectif a été autorisée par l'article 3 de la loi du 21 mars 1884 : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ». Cette conception est aussi celle qui prévaut aujourd'hui au niveau mondial puisque l'Organisation Internationale du Travail définit les syndicats comme des « associations indépendantes de travailleurs ayant pour but de promouvoir et de défendre leurs intérêts [...] »³.

Néanmoins, la conjoncture conduit à considérer comme acceptables les revendications syndicales soucieuses de l'intérêt général. La convention collective a progressivement cessé d'être un simple accord sur les intérêts des salariés et leur employeur pour devenir un instrument de réalisation d'objectifs qui transcendent ces intérêts⁴. Le mouvement syndical dépasse la solidarité de métier pour se préoccuper de l'ensemble de la société. Les syndicats sont acculés à une obligation d'universalisme : la préservation de l'emploi.

Par conséquent, l'identité des intérêts en cause varie. Il arrive que la loi défende des intérêts catégoriels, et que l'accord collectif défende l'intérêt général. La représentation des

¹ TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2009, n° 371.

² SUPIOT A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59, spéc. p. 61.

³ Cf. www.ilo.org/public/french/

⁴ SUPIOT A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 268.

partenaires sociaux ainsi mesurée à l'aune de la technique de l'élaboration de la loi sociale, abordons désormais la question de leur représentativité.

B. La représentativité

Le pluralisme syndical qui caractérise la situation française a imposé l'idée qu'on ne pouvait pas confier les mêmes responsabilités à un syndicat récent ou squelettique qu'à un syndicat qui regroupe un nombre important d'adhérents¹. Le concept de représentativité est apparu en droit du travail avec le Traité de Versailles pour être consacré par la loi de 1936 sur la composition du Conseil économique et l'autorité des conventions collectives². Son importance n'a fait que croître tant et si bien qu'un auteur a pu le qualifier de « constance »³ du droit du travail.

La représentativité a été définie comme « le mode de sélection et d'habilitation des syndicats les plus aptes à représenter les intérêts des salariés, mais qui fonctionne dans un contexte de pluralisme impliquant par là même la représentation des différentes conceptions de la prise en charge des intérêts collectifs »⁴. Elle est en effet l'aptitude pour un syndicat à représenter une population plus vaste que constituée par ses seuls adhérents. Or, en France, on se contente d'une représentativité « suffisante »⁵. Le constant est d'autant plus frappant que les partenaires sociaux participent activement, on l'a vu, à l'élaboration du droit du travail.

L'évolution jurisprudentielle, s'écartant progressivement des critères originels de la représentativité, a démontré que l'actualisation de la légitimité des partenaires sociaux était indispensable. A cet effet, un bouleversement s'est produit avec la disparition programmée par la loi du 20 août 2008 de la présomption de représentativité dont bénéficiaient les cinq grandes confédérations syndicales de salariés. Désormais, la représentativité s'apprécie périodiquement à chaque nouvelle élection dans les entreprises conformément aux vœux de la Position commune du 9 avril 2008⁶. Procéder ainsi nécessitait d'apprécier la représentativité sur la base de critères objectifs que la loi du 20 août 2008 a remanié.

¹ VERDIER J.-M., « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571 ; ARSEGUEL A., « Réflexion sur la théorie de la représentativité syndicale », in *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 401.

² Il fut introduit dans un premier temps en 1921 pour l'électorat au Conseil supérieur du travail.

³ ADAM G., *Dr. soc.* 1972, p. 90.

⁴ ARSEGUEL A., « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 7, spéc. p. 8.

⁵ *Ibid.*

⁶ GAURIAU B., « La Position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, Act. 197.

Les nouveaux critères sont les suivants : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'audience, l'influence, l'effectifs d'adhérents et les cotisations ¹. La loi nouvelle donne peu d'éléments de définition de ces critères.

Preuve en est le silence quant aux deux premiers indices, ce qui laisse supposer un renvoi aux interprétations antérieures de la jurisprudence. On songe notamment à l'arrêt dit « Front National » rendu par la Chambre mixte le 10 avril 1998 ², dans lequel la Cour de cassation a estimé que le syndicat Front National de la Police, se prévalant d'une idéologie d'exclusion dans le milieu du travail et, en prônant la discrimination dans l'embauche ou le maintien des emplois en fonction de critères fondés sur la nationalité ou l'origine, n'a pas sa place dans le mouvement syndical français ³. Quant à l'indépendance, sa présomption vérifiée semble-t-il les règles antérieures ⁴. S'agissant de la transparence financière, le législateur impose des obligations en matière comptable pour contribuer à sa vérification. Le critère de l'ancienneté, qui figurait déjà dans l'ancienne liste, est enrichi d'éléments précisant son champ d'application : le texte exige la référence « au champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ».

Critère essentiel d'origine prétorienne, l'audience est consacrée par la loi. Elle se détermine à partir des résultats aux élections professionnelles. Le législateur a intégré la notion de seuil minimum ⁵ suggérée par la Position commune. L'influence est également un critère très présent dans l'appréciation judiciaire de la représentativité. D'une manière générale, elle est caractérisée par l'activité et l'expérience. Enfin, la liste des critères s'achève avec la recherche du nombre d'adhérents au syndicat (et donc leurs cotisations). En théorie, ce dernier indice peut apparaître comme le critère le plus important. Or la pratique nous conduit à affirmer le contraire pour deux raisons. Tout d'abord, parce que les organisations syndicales seront réticentes à fournir la preuve de leurs effectifs. Ensuite, parce que la faible syndicalisation en France conduit les autorités à minorer ce critère.

L'originalité du nouveau dispositif légal est d'imposer une appréciation cumulative des critères que la Cour de cassation avait jusqu'à maintenant occulté : « dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés

¹ Cf. FAVENNEC-HÉRY Fr., « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630.

² Cass. mixte, 10 avril 1998, *D.* 1998, p. 389, note A. JEAMMAUD.

³ Rapport du conseiller J. MERLIN, « Liberté syndicale et spécialité syndicale (À propos des syndicats Front National Pénitentiaire et Front National de la Police) », *Dr. soc.* 1998, p. 565, spéc. p. 575.

⁴ Cass. Soc., 4 février 1976, *Bull. civ.* V, n° 73.

⁵ Cf. article L. 2122-1 et suivants du Code du travail.

par [la loi], le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité »¹. Le juge est désormais tenu par le nouveau texte, et le renfort qu'il a apporté à la règle de concordance des indices. Si la prérogative revendiquée se situe au niveau national et interprofessionnel, la représentativité s'appréciera à ce niveau comme en matière de négociation des accords nationaux interprofessionnels ou pour se prononcer sur l'aptitude du syndicat à siéger dans un organisme national².

La somme de ces critères devraient nous convaincre de la représentativité des organisations syndicales en place. Il est permis de douter de son effectivité, notamment à la suite des résultats des dernières élections professionnelles. En outre, d'autres arguments nous laisse perplexe quant à l'aptitude pour un syndicat à représenter une population plus vaste que constituée par ses seuls adhérents, tel que le fait de ne pas représenter tous les signataires de tel ou tel accord par exemple. Il n'est pas sûr non plus que les nouveaux critères soient gage d'une meilleure qualité du dialogue social. Le législateur a souhaité faire varier les règles, reste à ce que les situations qu'elles sont censées régir permettent d'atteindre son objectif : « sans doute na vaut-il pas se bercer d'illusion »³, il y a encore du chemin à parcourir pour légitimer les partenaires sociaux dans l'élaboration du droit social.

Si la représentation du salarié n'est pas assurée de manière suffisante par les organisations syndicales, celui-ci aura-t-il la capacité à régir sa situation contractuelle aux confins de la loi ? C'est la question à laquelle il convient désormais de répondre.

¹ Cass. Soc., 3 décembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 298, obs. J.-M. VERDIER.

² COEURET A., GAURIAU B. et MINÉ M., *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009, n° 900.

³ *Ibid.*

CHAPITRE 2

LA LOI ET LA NÉGOCIATION INDIVIDUELLE

La formule « tout n'est pas contractuel dans le contrat »¹ a été tant brocardée qu'on en oublierait presque les pendants sociologiques². En effet, l'identification de la relation de travail a d'abord été invoquée au cœur de la responsabilité patronale dans les accidents du travail, afin notamment de donner ses pleins effets à la loi du 9 avril 1898³. Naît alors une législation dite industrielle perçue comme les prémisses de l'État Providence et de la société assurancielle⁴. La question sociale devient une préoccupation politique.

A cet égard, les premières lois sociales marquent un changement idéologique profond : l'État prétend s'ingérer dans les relations de travail à l'encontre du libéralisme économique, ce qui provoque de vives critiques. Celles-ci portent avant tout sur le principe même de voter des lois venant réglementer les relations privées de travail⁵. Mais les « classes laborieuses »⁶ sont trop vulnérables pour abandonner les rapports individuels du travail à la liberté contractuelle. C'est pourquoi, la III^e République met en œuvre quelques réglementations relatives à la durée du travail, à la rupture de la relation de travail ou encore au régime des conventions collectives par exemple. Les différents textes en vigueur sont par la suite consolidés dans un Code de travail, qui ne fait apparaître cependant aucune définition juridique du contrat de travail.

¹ DURKHEIM É., *De la division du travail social*, PUF, coll. « Quadrige – Grands textes », 7^{ème} éd., 2007, p. 189.

² Par exemple : DIDRY Cl., « Emmanuel LÉVY et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations », *Droit et société* 56-57/2004, p. 151.

³ EWALD Fr., *L'État providence*, Grasset, 1986, p. 96 et suivantes.

⁴ Cf. MAZEAUD A., *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 6^{ème} éd., 2008, n° 37.

⁵ *Ibid.*

⁶ DONZELOT J., *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1984 ; DAVID M., *Les fondements du social : de la III^e République à l'heure actuelle*, Anthropos, 1993.

Alors que les premières lois sociales avaient pourtant requis l'identification du contrat de travail pour reconnaître la qualité de « salarié » aux travailleurs, le Code du travail n'en fournit que le régime juridique. C'est donc à la jurisprudence que l'on doit l'élaboration de cette catégorie. Bien que la Cour de cassation n'ait jamais proposé explicitement de définition du contrat de travail, il est possible de dégager des éléments qui permettent de retenir la formule suivante : le contrat de travail est « la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération »¹. Autrement dit, dès lors qu'une relation de travail remplit les conditions de cette définition jurisprudentielle, le régime légal s'applique. Et ce n'est qu'à l'instar de cette évolution de la conception de la relation de travail que s'explique au sens juridique la formule « tout n'est pas contractuel dans le contrat ». Le contrat de travail ne se réduit pas en effet à l'ensemble des clauses voulues par le salarié et son employeur.

Nous souhaitons ajouter une pierre à l'édifice doctrinal en raisonnant à contre-pied à partir des interactions du contrat et de la loi. Selon la doctrine, « il n'y a pas de contrat sans loi, ni de loi sans contrat »². Certes, le contrat de travail est déterminé par la loi, encore qu'il est permis d'en douter selon notre démonstration (Section 1) ; mais en outre, des écrits doctrinaux nous mènent à exhiber un contenu légalement indéterminable (Section 2).

¹ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 284.

² JESTAZ Ph (dir.), *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 101.

SECTION 1

UN CONTRAT LÉGALEMENT DÉTERMINÉ

Qu'il soit nommé ou innomé, un contrat est par hypothèse régi par la loi, ne serait-ce que par les conditions de validité qu'impose le droit commun des obligations aux articles 1101 et suivants du Code civil. Le contrat de travail ne déroge pas à cette règle. En tant que convention génératrice d'obligations, il lie les parties qui ont librement consenti. Concrètement, le salarié et son employeur s'accordent sur l'objet de la prestation de travail à fournir moyennant rémunération.

Cependant, le contrat de travail apparaît comme un cas d'école quant aux liens qu'il entretient avec la loi sociale. En réalité, la relation de travail ne relève purement et simplement ni d'un régime légal, ni d'un régime contractuel. L'opposition commode de la situation légale à la situation contractuelle doit être nuancée dans cette discipline, car les deux modes d'élaboration de la règle juridique interagissent variablement : le contrat vient de la loi (§ 1), la loi devient contrat (§ 2).

§ 1. Un contrat venu de la loi

L'encadrement légal de la relation entre le salarié et son employeur conduit à se demander si la figure contractuelle en droit du travail n'est pas qu'une simple illusion. Selon nous, le contrat procède avant tout de la loi parce que celle-ci l'impose (A) et le dicte (B).

A. Un contrat imposé par la loi

Comment le contrat de travail est-il imposé par la loi ? Cette dernière désormais comprise au sens large ¹, force est de reconnaître que le législateur, comme le juge, a une emprise variable sur la relation de travail qu'il convient de mesurer.

¹ C'est-à-dire comprenant tous les composants du droit imposé que nous avons explicités précédemment, à savoir la loi elle-même, ainsi que le règlement et la jurisprudence (Cf. supra).

D'une part, c'est le législateur qui prescrit à l'employeur le mode d'élaboration de son rapport juridique avec les salariés ; c'est lui qui fait en sorte que le travail salarié n'échappe pas au statut professionnel découlant des conditions d'accomplissement de la tâche du salarié. Le Code du travail lui offre à cet égard un large éventail de formules d'embauches : du contrat à durée indéterminée au contrat à durée déterminée en passant par la mise à disposition du salarié par exemple. La réglementation est stricte sur ce point. Dans la mesure où toute rémunération est passible de charges sociales et fiscales, la dissimulation, totale ou partielle, d'emploi salarié est un moyen de s'affranchir illégalement dudit statut.

La lutte entreprise par le législateur est alors plus qu'une question de droit, elle est une question de société¹ en ce que le travail dissimulé trouble l'intérêt général. Autrefois qualifié de « travail clandestin », il a fait l'objet d'une profonde réforme par la loi du 11 mars 1997, codifiée aux articles L. 8221-1 et suivants du Code du travail. Néanmoins, le dispositif légal n'impose nullement le contrat de travail en soi, mais se contente de le conditionner à une formalité : la déclaration nominative préalable à l'embauche accomplie par l'employeur auprès de l'URSSAF (Union pour le recouvrement de la Sécurité sociale et des allocations familiales)². En définitive, il est possible d'affirmer que le législateur n'intervient pas directement dans la détermination du contrat de travail, mais dans son formalisme.

La solution est-elle identique en amont lors de l'offre d'embauche ? *A priori* rien n'interdit l'autorité publique d'agir sur l'offre même du contrat de travail. Une obligation légale de conclure un contrat peut par exemple limiter la liberté de l'employeur en imposant le recrutement de catégories de personnes.

On songe en particulier à l'obligation de recruter des personnes handicapées à hauteur de 6 % de l'effectif total des salariés, à temps plein ou à temps partiel, dans l'entreprise comptant vingt salariés et plus que prévoient les articles L. 5212-1 et suivants du Code du travail. Aux termes de la définition du handicap énoncée à l'article 114 du Code de l'action sociale et des familles, l'employeur est tenu de prendre les mesures appropriées, afin de permettre aux travailleurs handicapés d'accéder ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification. Une telle priorité d'embauche incite donc les employeurs à recruter des personnes handicapées, à moins de s'acquitter de cette obligation en versant une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés ; et lors de manquement, des sanctions financières sont même imposées conformément à l'article

¹ BOUVIER O.-L., « Le travail dissimulé : questions de droit et de société », *RJS* 10/06, p. 746.

² Article L. 1221-10 du Code du travail : « *L'embauche d'un salarié ne peut intervenir qu'après déclaration nominative accomplie par l'employeur auprès des organismes de protection sociale désignés à cet effet [...]* ».

L. 5212-12 du Code du travail. Cependant, la mesure demeure incitative ; c'est pourquoi, à notre sens, la loi n'ordonne pas davantage la conclusion du contrat de travail.

À ce stade de la démonstration, les illustrations ne permettent pas de prouver que le contrat de travail est imposé par la loi, à tout le moins directement. Pourtant, un autre exemple conduit à découvrir une véritable emprise du législateur dans la détermination de la relation de travail. Il s'agit de la reconduction du contrat de travail à durée déterminée. Dans cette hypothèse, la situation d'origine contractuelle se trouve prolongée par la loi, qui reproduit les conditions d'application prévues par les parties, alors même qu'elles ne sont pas intervenues à nouveau pour régir leur lien juridique. Rappelons qu'en vertu du droit commun des obligations, une convention naît en principe du consentement libre et éclairé des cocontractants. Or le contrat procède ici directement de la loi, parce que cette dernière reproduit les conditions initiales de l'échange de volontés. C'est-à-dire qu'un nouveau rapport de droit naît sans la volonté des parties, mais avec celle du législateur. Certes, le contrat demeure soumis aux règles qui gouvernent les obligations contractuelles¹, mais il l'est en vertu de la loi.

Cette fois, le législateur a la capacité d'exercer une réelle pression à l'égard des contractants dans la détermination de la relation de travail. Seulement à l'analyse des trois exemples susmentionnés, ladite pression est somme toute assez modérée. Le contrat de travail n'est pas tant imposé par la loi qu'on aurait pu le croire. Peut-on en dire autant de l'intervention du juge ?

D'autre part, les obligations issues du contrat de travail échappent en effet à la volonté des parties en ce qu'elles se heurtent à un contrôle judiciaire. À ce titre, des règles travaillistes, comme des règles de droit commun des obligations, peuvent être mobilisées en application de l'article L. 1221-1 du Code du travail². On pense à l'article 1129 du Code civil frappant de nullité le contrat dépourvu d'objet déterminable³ ou à l'article 1174 du même Code prohibant la condition potestative⁴. Des discussions doctrinales se sont développées sur le fondement du contrôle de légalité particulièrement en présence de clauses de variabilité du contrat, sans que le débat ne soit réellement éclairci. Les filtres sont « mouvants et pluridimensionnels » selon le Professeur Mustapha Mekki qui se demande s'il existe « un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail »⁵.

¹ DURAND P., « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RDT civ.* 1944, p. 73, spéc. p. 88.

² L'article L. 1221-1 du Code du travail rappelle inutilement que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun [...] ».

³ DOCKÈS E., « La détermination de l'objet des obligations du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140.

⁴ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1997, p. 478.

⁵ MEKKI M., « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT* 2006, p. 292.

Aucune réponse certaine ne peut être apportée à cette question. Seule une chose est sûre : sont déclarées nulles par la Cour de cassation les clauses réservant à l'employeur la faculté d'imposer une modification du contrat de travail ¹, de modifier la rémunération prévue au contrat ², voire de réduire unilatéralement la durée contractuelle du préavis ³. Par conséquent, preuve est faite uniquement de la détermination du contrat par l'intermédiaire du juge.

Sans intervenir directement sur le contrat de travail, le législateur et le juge semblent prêter appui au contrat de travail, sans que la volonté des parties ne soit nécessairement requise. Des clauses peuvent être imposées au titre de condition de validité de la relation, d'autres peuvent être altérées par un dispositif légal ou jurisprudentiel. En somme, le droit imposé permet parfois la création du rapport d'obligations entre le salarié et son employeur. Il peut même le dicter.

B. Un contrat dicté par la loi

Le contrat de travail est dicté par la loi car son énoncé provient de la loi. Ses clauses sont dites légales parce qu'elles sont rédigées selon des formules édictées par le législateur, parce qu'elles sont formulées par la loi en vue d'être reprises dans l'*instrumentum* de l'acte juridique entrant dans le champ d'application du texte qui les impose. Dans la mesure où une clause reproduit fidèlement l'énoncé législatif ou réglementaire, sans omission, ni transformation, il est considéré que c'est « la loi [qui] s'habille en clause » ⁴.

La situation donne l'impression que le législateur se substitue aux contractants en se réservant la fonction de rédiger l'acte juridique. Il semble devenir le rédacteur du contrat de travail, puisqu'il corrige les inégalités de puissance des parties liées à la relation. Cela signifie qu'il neutralise le pouvoir unilatéral de l'employeur, afin d'aider le cocontractant en position de faiblesse à rétablir un équilibre contractuel. La situation est telle que le Professeur Thierry Revet a affirmé d'une manière générale que la loi « remplace le pouvoir unilatéral officieux d'une partie dans l'élaboration du contrat par le pouvoir unilatéral de la puissance publique » ⁵. Sur ce point, le contrat de travail relève de ce que l'on appelle les contrats d'adhésion.

¹ Cass. Soc., 27 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 514, obs. Ch. RADÉ.

² Cass. Soc., 4 juin 2009, *RDT* 2009, p. 524, note G. PIGNARRE.

³ Cass. Soc., 30 septembre 2003, *D.* 2004, somm. p. 378, obs. T. COLIN.

⁴ REVET Th., « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, p. 277, spéc. p. 290.

⁵ REVET Th., *op. cit.*, spéc. p. 293.

De ce fait, peut-on encore parler de contrat ? Par la reproduction de dispositions légales, le document n'est en rien l'œuvre des parties. Il n'y a semble-t-il plus d'accord de volontés, mais adhésion à un acte juridique préétabli à partir de la loi. Certains articles exigent la rédaction d'indications obligatoires, telles que « la définition précise du motif » de la conclusion du contrat à durée déterminée selon les termes de l'article L. 1242-12 du Code du travail. La nature contractuelle de la relation de travail s'en trouve affectée.

Pour quelles raisons le législateur s'implique-t-il autant dans la situation contractuelle liant le salarié à son employeur ? La réponse tient sans doute dans la perspective de rétablir l'équilibre du contrat de travail. L'objectif est une meilleure connaissance des devoirs et des obligations contractuelles de chaque partie au contrat de travail. Le législateur se voit doter d'une mission pédagogique¹. En ce sens, le contrat est le relais informatif de la loi ce qui la rend plus effective². On sensibilise les signataires en leur rappelant, sans ajout, les règles auxquelles ils sont soumis par l'effet de la loi. Cette sensibilisation permet de les mettre face à leurs responsabilités. Le sujet de droit devient gestionnaire de ses propres devoirs, du moins en apparence au travers de ce formalisme du contrat. Tous ces arguments conduisent à penser que le contrat de travail se formalise, voire se normalise. Sa nature est variable : la relation de travail ne relève pas purement et simplement d'un régime contractuel, mais se voit en partie dictée par la loi. Et ce n'est pas la composante jurisprudentielle du droit imposé qui va contredire cette position.

Soulignons en particulier la distinction subtile des mentions proprement contractuelles de celles purement informatives que la Chambre sociale a esquissé à partir de 2003³. Les premières participent de la loi des parties, les secondes n'ont pas de signification normative à proprement parler même si elles n'en sont pas totalement dépourvues, puisque le salarié est, dans une certaine mesure, fondée à opposer à l'employeur des informations que l'on présume rédigées à l'initiative et sous le contrôle direct de ce dernier.

En principe, les juridictions considèrent que les clauses du contrat de travail déterminant le contenu des obligations sont des éléments dudit contrat. Exceptionnellement, la Cour de cassation en juge autrement : « la mention du lieu de travail dans le contrat de travail

¹ L'expression « *contrat pédagogique* » a été utilisée dans un premier temps dans le cadre du plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) pour singulariser l'accord du demandeur d'emploi conclu avec l'Assedic en vue de bénéficier des allocations de chômage (ROCHFELD J., « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC* 2/2005, p. 257).

² MEKKI M., « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 323, spéc. p. 340.

³ Cass. Soc., 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER, *JCP G* 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL ; 21 janvier 2004, *Dr. ouvrier* 2004, p. 222, note B. LARDY-PÉLISSIER, *SSL* 2 février 2004, n° 1154, note G. LYON-CAEN ; 15 mars 2006, *JCP S* 2006, 1329, note B. BOSSU.

a valeur d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »¹. Dès lors, en l'absence d'une telle clause, le changement de localisation intervenu dans le même secteur géographique constitue un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat.

Partant, la Cour de cassation exclut de la construction du rapport contractuel une mention qui précise une modalité d'exécution du contrat. Si une stipulation contribue à créer un rapport juridique, elle mérite la qualification de clause contractuelle. À l'inverse, si elle ne participe en aucune façon à la création d'un tel lien juridique, elle demeure une mention informative, c'est-à-dire une constatation de pur fait de ce qui existe au moment de la naissance des obligations des contractants. Devenues simples mentions informatives, elles perdent alors leur qualité au point de les nommer « quasi-clauses »² ou « clauses non obligationnelles »³ ; ce ne sont que des « clauses de constatation »⁴, ce qui implique que l'objet de l'information n'est pas contractualisé.

Or, de telles mentions informatives ne devraient-elles pas être qualifiées de véritables stipulations contractuelles en ce qu'elles relatent plus qu'un fait préexistant à la conclusion du contrat de travail. Ce genre de données informatives⁵ devrait en toute logique juridique être qualifié de stipulation contractuelle⁶, ce qui explique que la doctrine soit encore partagée sur le sujet⁷. Et le Code du travail ajoute à la confusion en ce qu'il perpétue la distinction prétorienne à propos du contrat de mission notamment. Désormais, il est indispensable de distinguer, comme le suggère l'article L. 1251-16 du Code, les mentions et les clauses, respectivement les énonciations de l'écrit établi pour constater le contrat de mise à disposition et les éléments de l'acte juridique⁸.

En conséquence, la variabilité du contenu du rapport de travail imposé par la loi répond à deux finalités différentes : un contrôle sournois du respect de la législation du travail⁹, et une meilleure information du salarié sur la nature de son engagement qui doit

¹ Cass. Soc., 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER, *JCP G* 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL.

² LE GAC-PECH S., « La figure contractuelle en droit du travail », *D.* 2005, p. 2250.

³ REVET Th., « La loi et le contrat – Synthèse », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, sous la direction de Ph. JESTAZ, Dalloz, 2005, p. 397, spéc. p. 404.

⁴ MORET-BAILLY J., « Les stipulations de constatations », *RRJ* 2001-2, p. 489.

⁵ Une donnée informative consisterait en la mention de l'applicabilité d'une convention collective, d'un usage d'entreprise, d'une faculté de changement d'horaire en fonction des nécessités de l'entreprise, etc.

⁶ Elles ne le sont pas tant qu'aucune stipulation claire n'est rédigée en ce sens.

⁷ PÉLISSIER J., « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 1/04, p. 3 ; « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2005, p. 92 ; « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 5/05, p. 499.

⁸ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 580.

⁹ Contrôle des règles professionnelles effectué par le Conseils de l'ordre par exemple, ou encore celui effectué par l'inspecteur du travail.

permettre, au-delà d'une meilleure protection des salariés au titre d'un droit individuel, une plus grande transparence du marché du travail¹. D'un contrat imposé par la loi, on est en passe de considérer que c'est la loi au final qui devient contrat.

§ 2. Une loi devenue contrat

La loi devient contrat parce la formule qu'elle impose ou édicte a par hypothèse une vocation contractuelle (A). En outre, il arrive que les acteurs intéressés à la relation de travail se l'approprient pour transformer la loi en stipulation contractuelle *stricto sensu* (B).

A. Une vocation contractuelle

La loi devient clause parce qu'elle a vocation à régir le rapport contractuel qui unit le salarié à son employeur. C'est le législateur qui décide ce qui doit relever du contrat. Les textes législatifs posent des stipulations contractuelles, à tout le moins des « stipulations virtuelles »². Les prescriptions juridiques sont rédigées de sorte qu'elles reflètent la volonté des cocontractants. C'est précisément le paradoxe du contrat d'adhésion, et donc du contrat de travail.

Si le contrat d'adhésion donne l'apparence de réduire les intentions des parties à la même expression, comme une éloge à l'impersonnalité, l'indétermination ou l'abstraction, il est indispensable que la relation de travail soit déterminée quant à son objet. En effet, le droit du travail impose que soient identifiées les conditions d'exécution de la prestation de travail à fournir par le salarié, à savoir l'objet du travail, le lieu de travail, la durée du travail et sa rémunération. La doctrine parle de « socle contractuel »³. Ce n'est qu'à partir de la détermination de ces éléments contractuels que le régime juridique aura vocation à s'appliquer légalement.

C'est particulièrement vrai lors de la conclusion d'un contrat à durée déterminée, pour lequel le législateur exige la détermination de son objet conforme aux articles L. 1242-1 et

¹ Alors même qu'il est admis de longue date que la situation de subordination du salarié le place dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit, mode probatoire comblé éventuellement par un témoignage ou une présomption (VÉRICEL M., « Le formalisme dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 818 ; BESSY C., *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007, Tome 45, spéc. p. 39 et suivantes).

² REVET Th., « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, p. 277, spéc. p. 280.

³ WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791.

suiuants du Code du travail. Par exemple, un contrat conclu pour remplacer l'ensemble du personnel titulaire se trouuant en congé annuel ou maladie ne constitue pas un cas de recours au contrat à durée déterminée autorisé par la loi¹. La transformation résulte donc d'une volonté formelle du législateur, en ce qu'il souhaite que des dispositions légales soient reproduites dans l'*instrumentum*. Le Professeur Thierry Reuet conforte cette thèse en affirmant qu'« est stipulation contractuelle "par détermination de la loi" la formule que le législateur fabrique ainsi [...] »². Il évoque bien une dimension purement formelle.

La clause de non-concurrence est aussi une illustration de ce phénomène. Le droit jurisprudentiel a en effet imposé des conditions de validité que les parties doivent prévoir au contrat. En principe, une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives³. Autrement dit, les parties doivent déterminer au contrat de travail le champ d'application temporelle et géographique de cette obligation, l'activité professionnelle concernée, ainsi que la contrepartie financière correspondante. À défaut de telles prévisions contractuelles, la clause de non concurrence est inapplicable, voire nulle⁴.

Tant que la prescription légale n'a pas été mise en forme de stipulation contractuelle, elle ne peut prétendre à s'appliquer : « la vocation de la clause légale étant d'être stipulation [...] son origine légale n'en fait que provisoirement une loi »⁵. C'est la volonté des parties qui intervient dans le processus d'accès de la formule légale à la nature contractuelle, dans la transformation de la loi en clause. En somme, elle intervient en tant que condition à laquelle la loi subordonne l'application de ses formules. Ou dit autrement, c'est la loi qui se « transforme en stipulation contractuelle »⁶ à la condition d'avoir fait l'objet d'un consentement libre et éclairé⁷. La volonté des parties conserve ainsi un rôle dans l'accès de la clause légale au statut de stipulation contractuelle, ce qui nous conduit à dire que la logique contractuelle est encore loin d'être totalement méconnue.

¹ Cass. Soc., 24 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 98 ; 29 septembre 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1138, obs. R. ROY-LOUSTAUNAU ; 28 juin 2006, *RDT* 2006, p. 237, note G. AUZERO, *Dr. soc.* 2007, p. 640, obs. R. ROY-LOUSTAUNAU.

² REUET Th., *op. cit.*, spéc. p. 281.

³ Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; *Dr. soc.* 2002, p. 954, obs. R. VATINET.

⁴ Par exemple est nulle la clause de non concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie financière qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié (Cass. Soc., 27 février 2007, *D.* 2007, p. 2262, obs. I. DESBARATS).

⁵ REUET Th., *op. cit.*, spéc. p. 296.

⁶ REUET Th., *op. cit.*

⁷ « Les clauses d'un contrat rédigé d'après un contrat type ont la valeur qui s'attache aux conventions librement débattues, même si elles ont été imposées par voie de décret à tous les contrats » (RONGÈRE P., *Le procédé de l'acte-type*, LGDJ, 1968, p. 282).

Dès lors, les clauses légales ne sont obligatoires qu'une fois devenues stipulations contractuelles, car « la loi est dans l'impossibilité de décréter le contrat »¹. C'est précisément parce que le législateur les perçoit comme des prescriptions internes au contrat que leur caractère obligatoire ne dépend que de la volonté des parties. La clause légale s'impose aux cocontractants par autorité de la loi, la volonté des intéressés n'intervenant qu'au stade de la formation du contrat accueillant ladite clause. Une clause contractuelle ainsi virtuelle n'oblige donc pas les parties tant qu'elles ne l'ont pas souhaité, tant qu'aucun contrat n'existe.

La loi devient clause parce qu'elle se transpose au rapport contractuel ; mais la loi reste loi en ce qu'elle n'épuise pas sa capacité à faire varier le contrat par de nouvelles dispositions légales ou de nouvelles interprétations. La situation est donc variable : de la loi au contrat ou du contrat à la loi. Le rapport contractuel présente une origine légale qui, par mimétisme, s'identifie à une situation contractuelle. La loi glisse vers le contrat, tandis que celui-ci s'incorpore dans l'ordre juridique. Et les différents acteurs concernés par la relation de travail peuvent même se l'approprier.

B. Une appropriation contractuelle

Même si le contrat de travail est rétif à toute véritable négociation au sens où il est brandi comme étant « le type de contrat d'adhésion »², on ose affirmer que les parties à la relation peuvent se l'approprier. Il existe çà et là des parcelles d'autonomie de volontés individuelles que l'on ne peut négliger. Le contrat de travail doit être appréhendé comme une source créatrice de droit à part entière, parce qu'il a vocation à créer des règles de droit à l'instar de la loi³. Il exprime, comme tout autre contrat, la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil. L'émergence de diverses clauses insérées au contrat de travail l'atteste : clause de dédit-formation, clause de domiciliation, clause d'exclusivité, clause de mobilité, etc. Toutes sont l'expression de la volonté des parties à la relation de travail, l'outil qui permet aux cocontractants de prévoir l'existence de leurs obligations réciproques. D'un côté, la doctrine considère que la multiplication des stipulations contractuelles renforce le pouvoir de résistance du salarié face à l'arbitraire du pouvoir patronal⁴ ; de l'autre, elle risque d'accroître la subordination du salarié⁵. C'est la marque de leur ambivalence, de leur

¹ REVET Th., *op. cit.*, spéc. p. 295.

² PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 411.

³ DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 23.

⁴ LYON-CAEN A., « Actualité du contrat de travail, Brefs propos », *Dr. soc.* 1988, p. 540.

⁵ BESSY C., *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007, Tome 45, p. 16.

« réversibilité »¹. Les parties se servent donc de la loi, se l'approprient pour en faire leur contrat.

En outre, il est dit que le contrat a une vocation heuristique², parce qu'il participe de lui-même à la découverte de l'accord de volontés qu'il régit. On parle de « renouveau du contrat »³ en ce que la figure du contrat est mise au premier plan dans la lecture juridique des relations de travail. C'est-à-dire que le contrat sert à la découverte, voire redécouverte, des règles du droit des obligations applicables à la relation de travail. Au final, « si le rapport de travail est fondamentalement contractuel, c'est moins en ce qu'il naît d'un égal exercice de liberté contractuelle par les deux parties qu'en ce qu'il prête à une analyse contractuelle pour fixer ses effets »⁴.

Ce ne sont plus les salariés et leur employeur qui s'approprient le contrat de travail, mais ce sont les juges qui semblent réhabiliter sa figure contractuelle lors de leur appréciation. On pense en particulier à la bonne foi requise lors de l'exécution du contrat⁵ à compter de l'arrêt Expovit du 25 février 1992 : « l'employeur est tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, il a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois »⁶. La Cour de cassation se fonde même sur le troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil pour imposer au salarié une obligation de loyauté⁷. La jurisprudence donne ainsi du relief au contrat de travail en contrôlant les initiatives des parties⁸. Le Professeur Christophe Radé parle à cet effet d'une défiguration du contrat, voire d'une transfiguration⁹. Ce phénomène a atteint son paroxysme lors de l'emprunt de la qualification de novation¹⁰ pour apprécier le transfert d'entreprise¹¹, le reclassement externe ou les modifications contractuelles¹².

¹ LYON-CAEN G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995.

² JEAMMAUD A., « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299.

³ WAQUET Ph., « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99, p. 383.

⁴ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 703 ; JEAMMAUD A., « Le contrat de travail, une puissance moyenne », in *Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 299 ; COUTURIER G., « Liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La conclusion du contrat de travail*, Éd. Panthéon-Assas, 2005 ; « Droit français », *RDT* 2007, dossier « Droits des contrats et droit du travail », p. 407.

⁵ Article 1134, alinéa 3, du Code civil : « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ».

⁶ Cass. Soc., 25 février 1992, *D.* 1992, somm. p. 294, obs. A. LYON-CAEN, *D.* 1992, p. 390, note M. DÉFOSSEZ.

⁷ Cass. Soc., 6 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 439, obs. B. GAURIAU.

La Chambre sociale parle aussi de « *probité* » (Cass. Soc., 25 février 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 629, obs. J. SAVATIER ; 26 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 848, obs. Ch. MATHIEU-GÉNAUT).

⁸ HOURDEAU S., « L'article 1134 du Code civil et le contrat de travail », *RRJ* 2004-2, p. 759 ; LEMOINE E., « Les principes civilistes dans le contrat de travail », *LPA* 15 juin 2001, n° 119, p. 8 ; MOUSSY P., « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail) », *Dr. ouvrier* 1999, p. 1.

⁹ RADÉ Ch., « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

¹⁰ Pour une analyse renouvelée de la notion de novation : CHOLET D., « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006, p. 467.

¹¹ Par exemple : Cass. Soc., 3 mars 2010, *D.* 2010, p. 703, obs. L. PERRIN.

¹² Cf. GAUDIN L., « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité », *RDT* 2008, p. 162.

Plus loin encore, d'autres auteurs affirment que le contrat de travail donne la mesure de « l'option contractuelle »¹ du droit français. Le contrat de travail influencerait le droit commun des contrats². Et l'analyse doctrinale s'est affinée à la lumière de l'article du Professeur Paul Ancel³. L'idée consiste à attribuer un double rôle créateur au contrat de travail : tantôt le contrat de travail fait naître des obligations entre les parties, tantôt il crée d'authentiques règles juridiques ayant pour champ d'application le rapport contractuel.

Toutefois, l'examen du droit positif fait apparaître des « mouvements inverses d'attraction et de répulsion du droit commun des contrats »⁴ au gré des objectifs poursuivis par les juges⁵. Raison pour laquelle on s'est posé la question de savoir si le contrat était réellement un modèle des relations contractuelles ou un « anti-modèle »⁶. Loin de nous l'idée de relancer le débat relatif à l'autonomie du droit du travail, l'idée de se poser la question de savoir s'il existe ou non une théorie générale du contrat de travail⁷. Certes, ce dernier détient une certaine singularité, mais la démonstration nous permet juste de conclure que la relation de travail se traduit juridiquement de manière variable selon les objectifs poursuivis par chaque acteur intéressé à la relation.

En conclusion, le contrat de travail est un espace variablement couvert par la loi parce qu'il est variablement ouvert à la loi des parties. On aurait tort de penser que le contrat a définitivement supplanté la loi : la loi reste une référence. Autrement dit, l'autorité publique renonce à laisser une liberté entière de conclusion du contrat de travail en en prescrivant certains éléments. Elle accompagne la conclusion du contrat de travail.

L'expression de rapport contractuel d'origine légale désigne un rapport juridique créé soit directement par le législateur, soit indirectement par l'intermédiaire du juge, sans la volonté expresse ou tacite des intéressés, mais soumis aux règles des obligations contractuelles. Légal par l'origine, le rapport juridique ne se distingue pas, quant au régime,

¹ COUTURIER G., « Droit français », *RDT* 2007, Dossier « Droits des contrats et droit du travail », p. 339, spéc. p. 407.

² MESTRE J., « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988, p. 405.

³ ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; COLLART-DUTILLEUL Fr., « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. « actes », 2003, p. 225.

⁴ LE GAC-PECH S., *op. cit.*.

⁵ WAQUET Ph., « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99, p. 383 ; RADÉ Ch., « La figure du contrat dans la relation de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

⁶ VERKINDT P.-Y., « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 197.

⁷ MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ? », *RRJ* 2003-3, p. 1985.

de celui qui dériverait d'un contrat. D'un contrat *a priori* légalement déterminé, on penche vers une conception d'un contrat légalement indéterminable à partir d'arguments plus forts.

SECTION 2

UN CONTRAT LÉGALEMENT INDÉTERMINABLE

La loi semble être impuissante à caractériser fermement le contrat de travail. Il est légalement indéterminable à notre sens. Un questionnement attire particulièrement notre attention : le rapport de travail répond-il toujours à une nature contractuelle ou doit-il se concevoir comme une « simple relation de travail, comprise comme un rapport non contractuel, naissant du seul fait de l'entrée dans l'entreprise, qui suffit à soumettre le salarié au pouvoir du chef d'entreprise et à rendre applicables la loi, les conventions collectives et les normes juridiques d'origine patronale en vigueur dans cet espace privé »¹ ? (§ 1).

Partant du postulat que la relation de travail recouvre la notion de contrat à durée indéterminée, la doctrine s'est efforcée à la ranger parmi les classifications traditionnelles : elle est un contrat synallagmatique à titre onéreux dont l'exécution est successive. Concrètement, il est à la charge du salarié de fournir la prestation de travail convenue, à la charge de l'employeur de lui confier des tâches correspondant à son poste et à sa qualification professionnelle de sorte que le salaire est dû au salarié dès lors qu'il se tient à la disposition de l'employeur. Or, cette qualification du contrat de travail n'est pas évidente à l'instar du degré de variabilité qu'il incorpore. Celui-ci ne permet-il pas de discuter de sa qualité de contrat commutatif ? N'est-il pas plutôt aléatoire compte tenu des diverses modifications dont il peut faire l'objet lors de son exécution ? (§ 2).

§ 1. Une relation de travail ou un contrat de travail ?

La qualification de contrat de travail n'a pas toujours été évidente aux yeux des auteurs parfois favorables à la théorie institutionnelle de l'entreprise, et encore aujourd'hui pour ceux influencés par les théories nord-américaines. Ces opinions nous amènent à se poser à nouveau la question de savoir si la relation de travail constitue un authentique contrat.

¹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 700.

Nous tenterons d'y répondre en rappelant la transformation du louage de services en contrat de travail (A), puis en suggérant la métamorphose du contrat de travail en rapport d'emploi (B).

A. Du louage de services au contrat de travail

L'apparition du contrat de travail est consécutive au changement d'interprétation de l'article 1780 du Code civil relatif au contrat de louage de services. L'acception de ce dernier a été étendue afin de mieux absorber la diversité des liens juridiques inhérente au monde du travail. L'évolution nécessitait que la catégorie juridique de louage de services devienne une entité autonome du louage d'ouvrage prévu à l'article 1710 du Code civil dont elle n'était à l'origine qu'une variante. C'est la législation ouvrière qui permis l'attraction diffuse de ce modèle contractuel à toute relation de travail¹. Ce qui importe au début du XIXe siècle, c'est de « permettre aux patrons de trouver une main d'œuvre libre et mobile, par opposition au corporatisme, en régulant la contestation, voire en l'empêchant [...] »². Puis, le règne de la volonté individuelle place le contrat au centre de la relation de travail.

Dès l'apparition des premières lois sociales destinées à compenser l'inégalité entre l'employeur et ses salariés, la doctrine s'est interrogée sur le rôle du contrat de travail. Les auteurs se posent la question de savoir si le contrat est un modèle approprié à régir la relation de travail. Certains considèrent dans un premier temps que le contrat de travail est impuissant à singulariser une relation de nature institutionnelle³, nature dont l'explication la plus vigoureuse se trouve dans les écrits du Professeur Paul Durand⁴.

Les théoriciens mettent en exergue l'idée d'une « communauté de travail », c'est-à-dire que les actes sont conclus dans l'intérêt de l'entreprise perçue comme une petite société politique⁵. On parle alors d'un déclin du contrat de travail au profit du statut collectif. Le contrat de travail ne serait pas apte à déterminer la relation de travail, à traduire le lien juridique qui unit le salarié à son employeur. De fait, il est vrai que la conception

¹ THOLOZAN O., « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèse des facultés de droit (1890-1901) », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. LE CROM, PUR, 2004, p. 59.

² FERRÉ N., « Les travailleurs dans le Code civil », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, sous la direction de P. BLOCH, C. DUVERT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Economica, coll. « Études juridiques », 2004, p. 123, spéc. p. 125..

³ Pour un exposé des différentes conceptions du rapport de travail : SUPLOT A., *Critique du droit du travail, Essai*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. 13 et suivantes.

⁴ DURAND P., « Aux frontières du contrat et de l'institution, La relation de travail », *JCP* 1944, I, 387 ; *Traité de droit du travail*, Tome 2, Dalloz, 1950, n°114 et suivants.

⁵ Cf. JEAMMAUD A, KIRAT T. et VILLEVAL M.-C., « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RID éco.* 1996, p. 99.

philosophique de volontés souveraines et égales dans la relation de travail est un leurre. La discussion n'intervient pas entre deux sujets de droit placés sur un pied d'égalité, mais « entre un travailleur de condition sociale inférieure, "économiquement faible", disposant de son seul salaire et ne pouvant attendre au lendemain, et un patron mieux armé par son instruction plus poussée, ses capitaux, son autorité morale, et qui, en fait dictera ses conditions »¹.

En dépit de cette argumentation, la conception institutionnelle de la relation de travail a été accueillie avec parcimonie, les auteurs estimant que sa pertinence est limitée², qui plus est, démentie par la pratique. C'est pourquoi, dans un second temps, la doctrine contribue à redorer le rôle du contrat de travail : « la seule source du droit applicable aux rapports de travail [est...] le contrat individuel, dont l'inhérente variabilité et la discontinuité sont exclusives de l'idée même de statut professionnel »³. L'accord dont naît le rapport de travail reste bien, en droit, un contrat, dont maintes règles de droit positif attestent l'« épaisseur »⁴.

En effet, force est de reconnaître que l'embauche crée un rapport d'obligations réciproques qui produit ses effets dès l'entrée du salarié dans l'entreprise. Le contrat demeure une source capitale de la relation de travail en procédant à l'adaptation du statut individuel du salarié, principalement par la détermination de la qualification qui lui est attribuée et de la rémunération correspondante. Après avoir été combattues avec force, les règles de droit commun des contrats ont même retrouvé bonne grâce auprès de la doctrine ; non sans nuance, puisque si le contrat de travail a su conserver sa primauté technique, il subit un infléchissement dû aux exigences du droit du travail. À cet égard, la notion même de contrat de travail s'est trouvée élargie, car elle consacre désormais l'appartenance du salarié à l'entreprise⁵. Il conserve ainsi une certaine singularité. Le salarié ne disparaît pas derrière un statut légal. Le contrat de travail constitue un instrument pertinent porteur de droits et d'obligations. On parle cette fois de « renouveau du contrat de travail »⁶ profitant de la redécouverte des règles issues du Code civil par la jurisprudence⁷. La construction de la

¹ CAMERLYNCK G.-H., *Droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1982, n° 7.

² Cf. GÉLIAUT B., GIRAUDET C. et MATHIEU Ch., « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », *Dr. ouvrier* 2003, p. 367 ; BRUN A. et GALLAND G., *Droit du travail, Des rapports individuels de travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 1978, Tome 1, n° 131 ; LYON-CAEN G., « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.*, T. XIII, 1968, p. 59.

³ CAMERLYNCK G.-H., *Droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1982, n° 5.

⁴ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 700.

⁵ BRUN A., « Le lien d'entreprise », *JCP* 1962, I, 1719.

⁶ Notamment : WAQUET Ph., « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99, p. 383.

Le renouveau du contrat tient aussi de l'usage élargi de l'outil contractuel pour l'aménagement du rapport entre employeur et salarié. Mais cette question est de l'ordre de l'application des règles travaillistes analysées en seconde partie.

⁷ En particulier depuis la jurisprudence sur la modification du contrat de travail développée à partir de l'arrêt Raquin : Cass. Soc., 8 octobre 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 141, obs. J. SAVATIER.

catégorie juridique de contrat de travail ainsi exposée schématiquement, il est permis de renouveler le questionnement : n'est-on pas à nouveau en passe de concevoir la relation de travail d'une autre manière ? Plus qu'un rapport de travail, ne deviendrait-il pas un rapport d'emploi ?

B. Du contrat de travail au rapport d'emploi

Quelle configuration du rapport de travail dessine le contrat à l'heure actuelle selon la doctrine ? Certaines stipulations semblent assurer directement la stabilité de l'emploi comme la clause de garantie d'emploi, ou créent un facteur de dissuasion de rupture unilatérale (clause prévoyant une indemnité de licenciement d'un montant supérieur à celui prévu par la loi ou la convention collective applicable ou clause de dédit-formation), tandis que d'autres le fragilisent. C'est le cas par exemple de la clause d'essai ou de celle d'indivisibilité entre les contrats de travail de deux conjoints. Malgré toutes ces variables affectant la relation de travail, une constante peut être localisée avec quelque rigueur : le contrat de travail se maintient au nom de l'emploi.

Le contrat de travail se conçoit comme le « support de l'emploi »¹. Sa pérennité résulte largement du régime légal et jurisprudentiel imposé. On pense aux règles imposant parfois la suspension du contrat de travail dans des conditions particulières, à celles encadrant la cessation du contrat de travail ou faisant peser sur l'employeur une obligation de reclassement. À ce titre, il apparaît que le contrat de travail engendre un véritable lien d'emploi au-delà du rapport de travail.

Une analyse voit dans cette superposition d'un « rapport d'emploi » au rapport de travail une raison de traiter le contrat de travail comme un réel « contrat d'emploi »². Et encore d'un autre point de vue, une partie de la doctrine emprunte l'expression de « rapport salarial » à la théorie économique de la régulation pour proposer un tableau d'ensemble des droits, obligations et rôles des parties³. Mais à notre sens ces opinions tiraillent trop les techniques juridiques pour la première thèse, ou ne s'y réfèrent pas assez pour la seconde.

Une autre idée paraît plus séduisante pour traduire la conception contemporaine du contrat de travail : la doctrine nord-américaine opposant le contrat « relationnel » à celui dit

¹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 582.

² LAGARDE X., « Aspects civilistes des relations individuelles du travail », *RDT civ.* 2002, p. 435.

³ MAYER F. et SACHS-DURAND C., « L'évolution du rapport salarial », in *Études en hommage à H. SINAY*, Petre Lang, 1994, p. 369.

« discret ». Proposée aux Etats-Unis par Ian R. MacNeil¹, elle souligne que dans la vie moderne des affaires la plupart des contrats sont des contrats de long terme, caractérisés par la coopération entre les parties. Il s'agit donc de les ajuster dans le temps plutôt que de rester liés par les termes des promesses initiales. On parle dans ce cas de contrat « relationnel », tandis que les contrats « discrets » consistent en des simples échanges à exécution instantanée sans véritable conscience de l'acte². Autrement dit, la théorie relationnelle du contrat minimise le rôle des promesses échangées lors de la conclusion du contrat pour insister sur la transformation du contrat tout au long de la durée de son exécution³.

En ce sens, des études de sociologie juridique⁴ considèrent que le contrat de travail est un contrat « relationnel »⁵ au sens où il s'inscrit dans la durée et nécessite un rapport de confiance entre le salarié et son employeur. Il est vrai que le contrat de travail de référence est le contrat à durée indéterminée. Et d'ajouter que son exécution peut faire l'objet de nombreuses modifications. Certes, le salarié peut consentir d'avance des modifications de son contrat de travail en acceptant d'y insérer une clause de variabilité, mais une modification peut tout aussi bien intervenir sans cette prévision. L'employeur ne saurait imposer une modification de son contrat au salarié qui, en vertu du principe de la liberté contractuelle issu de l'article 1134 du Code civil, peut la refuser. Cette qualification de modification de contrat de travail constitue le pivot du régime juridique des modifications de la relation de travail, dont la construction est d'origine jurisprudentielle. Ce régime juridique est un fort indicateur du rapprochement du contrat de travail à la qualification de contrat « relationnel ».

Cependant, au terme d'une explication dense, le Professeur Yves-Marie Laithier nous convainc de l'inutilité de la réception de cette qualification en droit français⁶. Pourtant ingénieuse, la qualification de contrat relationnel ne paraît en effet pas nécessaire au régime du contrat de travail. Le même auteur lui prête d'ailleurs sa reconnaissance d'un « embarras inutile »⁷. Trop évanescence, la notion de contrat relationnel ne repose sur aucun critère

¹ La notion de « *relational contract* » a été proposée aux Etats-Unis par Ian R. MacNEIL dès 1974 (« The many futures of contracts », *Southern Calif. Law Rev.* 1974, vol. 47, p. 691).

² Cf. PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 703.

³ Cette théorie est proche de celle de la notion de contrat incomplet (Cf. FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 2004, n° 74, p. 179).

⁴ FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 2004, n° 74, p. 179 ; MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel" », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'association H. CAPITANT, LGDJ, 2000, p. 169 ; LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, chron. p. 1003.

⁵ Selon d'autres auteurs, le contrat de travail relève à la fois du contrat-échange et du contrat-organisation : DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en l'honneur de Fr. TERRÉ*, Dalloz-PUF-Litec, 1999, p. 635.

⁶ LAITHIER Y.-M., « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, chron. p. 1003.

⁷ LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, spéc. p. 1008.

efficace. C'est pourquoi, Professeur Yves-Marie Laithier conclut en affirmant qu'en définitive, l'expression de « contrat de travail » se suffit à elle-même.

La lecture du Code du travail nous fait pourtant douter de l'inapplication, à tout le moins formelle, de cette théorie en droit français : pourquoi le législateur emploie-t-il toujours la formule de « relation de travail » ? Il l'utilise encore en effet pour désigner le contrat de travail à durée indéterminée dans la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Ce type de contrat est la « forme normale et générale de la relation de travail ». Codifiée à l'article L. 1221-2 du Code du travail, la formule prête à discussion quant à son utilité même. Les rédacteurs l'ont substitué à un énoncé qui assurait déjà clairement la prééminence du contrat à durée indéterminée.

Pourquoi un tel changement si ambigu ? Sur le fond, il ne semble pas y avoir d'explications précises ; des auteurs pensent que les rédacteurs ont cru devoir reprendre l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, alors que cette substitution ne s'imposait nullement ¹. *A priori*, le législateur entend désigner ainsi tout rapport de travail sans y associer le caractère contractuel ², comme le conçoivent d'ailleurs les directives communautaires ³. Une disposition légale semble toutefois nuancer cette affirmation : l'article L. 8252-2 du Code du travail vise la rupture de la « relation de travail » du salarié étranger illégalement employé, c'est-à-dire de la relation née d'un contrat nul. La situation n'est pas limpide.

En dépit de cette remarque sur le plan formel, il est permis de conclure que la relation de travail est variablement un contrat, et parmi les classifications traditionnelles de celui-ci, elle ne s'identifie que variablement aussi, en particulier quant à la qualification du contrat commutatif opposé au contrat aléatoire.

§ 2. Un contrat commutatif ou un contrat aléatoire ?

Le contrat de travail est communément défini comme ayant un caractère commutatif, c'est-à-dire que les prestations réciproques qu'échangent les parties sont immédiatement connues et appréciées lors de sa conclusion ⁴. Les prestations sont déterminées de manière

¹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 701.

² Il semble y être indifférent.

³ Directive 77/187/CEE du 14 février et Directive 2001/23 du 12 mars 2001 relatives au transfert d'entreprises : Directive 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

invariable¹ et équivalente comme le dispose le premier alinéa de l'article 1104 du Code civil : le contrat est commutatif « lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ». Ainsi, lors de l'embauche, l'employeur s'accorde avec le salarié sur l'échange des prestations à fournir, sur l'échange de l'activité professionnelle à fournir en contrepartie d'une rémunération. Or, soumis à d'incessantes variations, le contrat de travail n'est-il pas plutôt aléatoire ? Pour y répondre, mesurons ce phénomène à l'aune de la définition du contrat aléatoire².

Aux termes du second alinéa de l'article 1104 du Code civil, le contrat est aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans la chance du gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain [...] ». Et la jurisprudence d'ajouter : « lorsque l'avantage que les parties en tireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat parce qu'il dépend d'un événement incertain »³. En d'autres termes – doctrinaux, le contrat aléatoire peut être défini comme le « contrat dans lequel l'équivalent, ce à quoi s'engagent les parties, consiste dans la chance d'un gain ou dans le risque d'une perte pour chacune des parties en fonction de la réalisation incertaine d'un événement et dont les effets quant aux avantages et aux pertes sont eux-mêmes déterminés par cet événement (dont la réalisation est incertaine) »⁴. Il suppose donc deux éléments : une incertitude sur l'équilibre définitif des prestations réciproques et l'idée d'une chance ou d'un risque corrélatifs⁵.

C'est parce que le rapport juridique entre les prestations réciproques tient d'une donnée de hasard, qu'il crée une chance de gain et un risque de perte pour l'une et l'autre des parties à la relation. D'emblée, nous pourrions interrompre le raisonnement au regard de la discussion relative à la maîtrise de l'aléa par l'une des parties au contrat.

Une fraction de la doctrine⁶ s'est en effet posée la question de savoir quelle partie subit l'aléa compte tenu de la différence de rédaction de ce texte avec l'article 1964 du Code

⁴ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Les obligations – L'acte juridique*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2008, n° 87 ; MALINVAUD Ph., *Droit des obligations*, Litec, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2007, n° 65 ; MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, n° 415.

¹ Observons que dans la logique mathématique, « commutatif » qualifie une donnée « dont le résultat est invariable, quel que soit l'ordre des facteurs » (V° « Commutatif », Dictionnaire *Le Petit Robert*).

² La démonstration ne vaut naturellement que pour le contrat à durée indéterminée.

³ Cass. Com., 10 juin 1960, S. 1961, p. 42, note J. AUTESSERRE.

⁴ BÉNABENT A. et RAKOTOVAHINY M.-A., *Rép. civ.*, article 1964, fasc. 10.

⁵ MORIN A., *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, coll. « Thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand », 1998.

⁶ Par exemple : ANTONMATTÉI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil – contrats spéciaux*, Litec, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2008, n° 535.

civil¹. Le premier, relevant des dispositions générales du droit des obligations, fait dépendre le caractère aléatoire du contrat de l'aléa dans la prestation de chacune des parties, tandis que le second, relevant des dispositions propres aux contrats aléatoires, indique seulement que l'une des parties peut être soumise à l'aléa. Mais, il a été démontré que cette circonstance n'a aucune incidence sur la qualification de contrat aléatoire².

Au demeurant, la relation de travail ne renferme-t-elle pas une donnée de hasard dans l'économie du contrat ? Conçue comme une donnée purement factuelle, le hasard correspond à la notion juridique d'aléa qui permet de faire le départ entre le contrat commutatif et le contrat aléatoire. La doctrine³ oppose deux conceptions de l'aléa : soit il est perçu objectivement en tant que chance ou risque, soit subjectivement en tant que conception personnelle des parties qu'elles se font de cette chance ou de ce risque, conception qu'elles peuvent stipuler selon les circonstances. L'aléa objectif est consubstantiel à l'obligation, tandis que l'aléa subjectif ne s'y intègre que par la considération des parties.

C'est en fonction de la nature de l'aléa qu'il faut mesurer l'éventuelle qualification de contrat aléatoire de la relation de travail. Peut-elle l'être sur le fondement d'un aléa objectif (A) ou d'un aléa subjectif (B) ?

A. Un aléa objectif

Compris de manière objective, l'aléa porte sur l'existence même des prestations convenues. C'est celui qui, en affectant une des obligations nées du contrat, en constitue la cause. L'aléa est alors au cœur de l'équation contractuelle dans la mesure où il constitue la cause objective des engagements des parties. C'est un élément intrinsèque du contrat. Pour l'expliquer, la doctrine cite le plus souvent la rente viagère⁴ ou le contrat d'assurance. Systématisons leur explication pour rapprocher le contrat de travail de la nature aléatoire.

En l'absence de définition légale, le contrat de constitution d'une rente viagère peut être défini comme « une convention par laquelle une personne, le débirentier, s'engage à verser périodiquement à une autre personne, le crédientier, une somme déterminée appelée

¹ L'article 1964 du Code civil énumère quatre types de contrats aléatoires en les définissant ainsi : « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

² MORIN A., *op. cit.*, p. 209 et suivantes.

³ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, n° 415 ; BÉNABENT A. et RAKOTOVAHINY M.-A., *op. cit.*.

⁴ Nous prenons le parti de considérer la rente viagère comme un contrat aléatoire en dépit des controverses doctrinales mettant en cause cette qualité.

arrérage et cela pendant la durée de vie du crédientier ou d'un tiers »¹. On est tenté de transposer la formule à la relation de travail : le contrat de travail se définit comme une convention par laquelle une personne, l'employeur, s'engage à verser périodiquement à une autre personne, le salarié, une somme déterminée appelée rémunération et cela pendant la durée de présence du salarié dans l'entreprise. L'employeur, comme le débirentier, spéculé sur la durée du contrat.

Tandis que la rente viagère est fonction de la « vie naturelle »² du crédientier, parce que l'aléa réside dans « l'impossibilité de prévoir la date du décès »³ ; le contrat de travail est fonction de la vie professionnelle du salarié⁴, parce que l'aléa tient à l'impossibilité de prévoir l'aptitude du salarié à fournir son travail. Et après tout, la nullité de la rente viagère en cas de décès du crédientier dans les vingt jours de la conclusion du contrat ne s'assimile-t-elle pas non plus à la rupture du contrat de travail lors de la période d'essai ? L'article 1975 du Code civil prévoit en effet la nullité de la rente lorsque le vendeur était, lors la conclusion du contrat, à la connaissance ou non de l'acheteur, atteint d'une maladie qui l'a fait mourir moins de vingt jours après. Il n'y avait pas d'aléa, ce qui vicie le contrat. La vente, qui se voulait aléatoire, manque alors de cause. N'est-ce pas identique pendant la période d'essai ? Le salarié ne convient pas, que l'employeur en ait eu conscience ou pas lors de l'embauche, le contrat n'a plus de cause. C'est l'aléa du recrutement. Le contrat de travail est rompu en raison du manque de compétences du salarié.

Une autre similitude peut se déceler dans la détermination de la somme à verser. Comme pour la rente viagère, le montant de la contrepartie du travail est fixé librement par les parties⁵. Dans les deux cas, un plancher est prévu : l'arrérage ne doit pas être inférieur aux revenus de la chose⁶, la rémunération au salaire minimum interprofessionnel de croissance⁷. Par ailleurs, il est dit que le crédientier verse l'arrérage en échange d'un capital reçu, que « la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu [...] »⁸.

¹ DAGORNE-LABBÉ Y., *Rép. civ.*, V° « Rente », n° 5.

² Article 1982 du Code civil : « *La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire ; le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle* ».

³ BÉNABENT A., *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien-LGDJ-EJA, coll. « Domat Droit privé », 11^{ème} éd., 2007, n° 972.

⁴ L'argument est d'autant plus vrai si l'on conçoit la vie professionnelle du salarié au prisme de la sécurité sociale professionnelle.

⁵ Article 1976 du Code civil : « *La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer* ».

⁶ MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Defrénois, coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, n° 997.

⁷ Articles 3231-1 et suivants du Code du travail.

⁸ Article 1980 du Code civil.

L'affinité peut là aussi se mesurer : l'employeur verse le salaire en échange d'un capital humain en la personne du salarié, et ce dernier ne part en retraite que dans la proportion du nombre de jours qu'il a travaillé¹. Seulement, celui-ci fournit sa force de travail, et donc les fruits de son activité. Il ne s'agit pas de l'aliénation d'un bien ou du placement d'un capital comme on l'entend dans la rente viagère. À ce titre, le dictionnaire juridique publié sous l'autorité du Doyen Gérard Cornu précise que la rente viagère correspond à un « revenu périodique provenant d'une source autre que le travail [...] »², ce qui rend l'assimilation douteuse. Tout au plus, le contrat de travail se rapproche-t-il du bail à nourriture, dont la nature aléatoire est exclue par la doctrine au motif de son caractère alimentaire³. Engageant une personne à pourvoir aux besoins vitaux d'une autre, le bail à nourriture ne conçoit pas la contrepartie du transfert de propriété comme un prix.

La nature aléatoire du contrat de travail est-elle tout autant accusée à l'aune du contrat d'assurance ? Celui-ci apparaissant le premier dans la liste des contrats aléatoires énoncés à l'article 1964 du Code civil, il correspond au « contrat par lequel une partie, l'assuré, se faire remettre moyennant une rémunération (la prime), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, en prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément à la loi de la statistique »⁴. Autrement dit, « si la prime à payer par l'assuré est fixé de manière invariable, et si elle correspond bien à une garantie fournie par l'assureur, ce dernier n'aura à payer que si survient le sinistre faisant l'objet du contrat »⁵. L'assuré verse le montant de sa cotisation et l'assureur ne doit rien tant que les biens assurés ne périssent pas.

Cette approche juridique de l'aléa a-t-elle une incidence sur la qualification du contrat de travail ? Par hypothèse, rappelons-le, l'obligation principale de la relation de travail réside dans la fourniture de travail pour l'employeur, comme pour le salarié. Le premier doit être en mesure de procurer au salarié les moyens d'exercer son travail, et le second doit l'exécuter selon les ordres de l'employeur. Or des circonstances peuvent empêcher l'un et l'autre de fournir le travail. Le salarié peut être dans l'incapacité de le fournir pour des raisons diverses telles que la maladie ou une incapacité consécutive à un accident du travail ; l'employeur peut l'être en raison de difficultés économiques de l'entreprise.

¹ Ou de jours équivalents déterminés par la loi.

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V° « Rente ».

³ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n° 1004.

⁴ GUINCHARD R. et MONTAGNIER G. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, V° « Assurance ».

⁵ MALINVAUD Ph., *Droit des obligations*, Litec, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2007, n° 65.

Dans les deux cas, le travail à fournir est fixé de manière invariable. Le salarié n'aura à le fournir que s'il est déclaré apte à l'exécuter, l'employeur que si son activité est prospère. L'employeur ne doit rien une fois que les commandes n'affluent plus dans l'usine et que celle-ci tend à déperir. L'état de chômage, consécutif à la rupture du contrat de travail, est constitutif d'un aléa économique pour le salarié de nature à le libérer de ses obligations. Le salarié est rémunéré tant que son employeur a besoin de sa force de travail et qu'il est dans la capacité de le rémunérer.

C'est ici l'issue du contrat de travail qui est soumise au hasard de l'événement incertain : que le salarié demeure compétent dans son travail, et que l'entreprise demeure compétitive sur le marché. Le premier a la chance de sauvegarder son emploi ou le risque de le perdre, le second la chance de sauvegarder les effectifs de l'entreprise ou le risque d'être en sous-effectif menaçant la bonne marche de l'entreprise. C'est « plus qu'une chose, c'est l'espérance de chaque partie »¹, c'est l'espérance de conserver sa place dans l'entreprise, de conserver sa place sur le marché. Parce qu'il assure une emprise sur l'avenir, le contrat de travail renferme donc un certain aléa. La réalité de l'objet de l'obligation est soumise à la réalisation incertaine de l'aléa que les parties acceptent lors de la conclusion du contrat. Ces derniers acceptent un risque et espèrent un gain. *De facto*, le salarié accepte le risque d'être licencié pour motif économique, l'employeur accepte le risque de rémunérer un salarié devenu inapte à la suite d'une maladie par exemple.

Et le raisonnement est surenchéri par l'arrêt « Ile de la tentation » rendu par la Cour de cassation le 3 juin 2009². Dans cette affaire, la Chambre sociale reconnaît la possibilité de caractériser l'existence d'un contrat de travail entre le producteur d'une émission dite de télé-réalité et les participants, alors même qu'« il n'y a pas de commutativité : les candidats n'ont aucune certitude de l'emporter et n'attendent pas de rétribution de l'activité personnelle que constitue leur participation au jeu »³. Consubstantiel au jeu, l'aléa l'est autant dans le contrat de travail à en croire la Cour de cassation. Cependant, la décision est vraisemblablement plus une solution d'opportunité qu'une redéfinition du contrat de travail. En effet, les conseillers se sont contentés de caractériser de manière pragmatique la prestation de travail, refusant de se

¹ GRUA Fr., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RDT civ.* 1983, p. 263, spéc. p. 270.

² Cass. Soc., 3 juin 2009, *D.* 2009, p. 2116, chron. J.-Fr. CESARO et P.-Y. GAUTIER, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux » ; RADÉ Ch., « La possibilité d'une île », *Dr. soc.* 2009, p. 930 ; VERKINDT P.-Y., « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S* 2007, Act. 41.

³ CESARO J.-Fr et GAUTIER P.-Y., « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, p. 2116.

livrer à une quelconque définition. On mesure une fois de plus la gêne suscitée par l'opposition du contrat commutatif au contrat aléatoire.

En dépit de ce dernier propos circonstancié, il est permis d'affirmer que l'événement incertain réside dans la capacité professionnelle du salarié conjuguée au marché de l'économie dans lequel s'inscrit l'entreprise. Mais, il n'est pas sûr que ces occurrences s'entendent de l'existence même du contrat de travail : l'aléa du marché n'est pas en soi la cause du contrat de travail, entendue de manière étroite. Il n'est pas le but immédiat de l'engagement du débiteur¹. L'approche est séduisante, mais elle est insuffisante à caractériser la qualification de contrat aléatoire au contrat de travail. Si le contrat de travail n'est pas un contrat aléatoire par nature, peut-il le devenir par la volonté des parties ?

B. Un aléa subjectif

Compris de manière subjective, l'aléa dépend de l'idée que les parties se font de la chance ou du risque de conclure le contrat. Ce sont elles qui déclarent contracter à leurs risques et périls². L'incertitude est donc introduite par les parties dans la cause de leur contrat. Ce qui est incertain est la valeur de leurs droits lors de la formation du contrat, le gain ou la perte ne résultant plus de la comparaison des obligations respectives, mais de la valeur de l'une d'elles que le hasard a produit au fil des circonstances. Le premier alinéa de l'article 1104 du Code civil énonce à ce titre que ce sont les prestations qui doivent être « regardées comme équivalentes » : l'essentiel est que « les parties en aient ainsi convenu ; peu importe que cette équivalence ne soit pas réelle »³.

Par conséquent, l'aléa subjectif ne justifie plus un déséquilibre entre deux prestations initialement disproportionnées, mais rend incertain l'équilibre des prestations *a posteriori*. En ce sens, le contrat n'est pas à proprement parler aléatoire, mais c'est l'opération qu'il réalise qui l'est⁴. Le risque sur le solde définitif du contrat ne repose pas sur un élément de la structure du contrat de travail⁵, mais dépend d'un élément subjectif envisagé par les parties lors de sa conclusion, et intégré comme tel dans la cause initiale du contrat.

¹ VOIRIN P. et GOUBEAUX G., *Droit civil*, Tome 1, LGDJ, 31^{ème} éd., 2007, n° 851 et suivants.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, n° 415.

³ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Les obligations – L'acte juridique*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2008, n° 87.

⁴ Cf. GRUA Fr., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RDT civ.* 1983, p. 263, spéc. p. 282.

⁵ *Ibid.*

L'aléa ainsi perçu, le contrat de travail peut-il devenir un contrat aléatoire ? Pour y répondre, il faut envisager deux hypothèses : celle où la valeur de la prestation est inconnue le jour de la conclusion du contrat en raison d'aspects incertains pesant sur son objet et celle où elle l'est du fait des stipulations contractuelles.

D'une part, l'aléa subjectif peut tenir à la définition contractuelle de l'objet de la prestation en ce que la chose à fournir est indéterminée. L'objet peut en effet être assorti d'une incertitude portant sur un de ses aspects, et ainsi bloquer l'appréciation de la valeur de la prestation. En droit du travail, il peut s'agir de tous les éléments du « socle contractuel »¹. Parmi ceux-ci, on peut relever la forte variabilité de la rémunération du travail. En principe, les cocontractants fixent la rémunération en référence à une grille de salaires, mais il peut arriver que la valeur de l'échange ne corresponde plus à la valeur exacte que révélera la dissipation de l'aléa. Par exemple si le salarié fait l'objet d'une promotion ou d'une rétrogradation. Et rien ne prédit non plus la variabilité de son montant en fonction de l'exécution d'heures supplémentaires. Une forte inadéquation quantitative risque d'apparaître, ce qui laissera entrevoir un solde susceptible de s'analyser en un gain ou en une perte pour les parties. L'aléa peut ainsi faire varier l'étendue de l'une des prestations du contrat de travail.

D'autre part, l'aléa subjectif peut résulter des stipulations contractuelles. C'est la rédaction de clauses qui bloque cette fois l'appréciation de la valeur d'une des prestations. D'emblée, on songe au terme incertain du contrat à durée indéterminée. Force est de constater qu'il provoque, au moment de sa formation, une incertitude sur la valeur totale des prestations dues par les parties, qu'il s'agisse du travail à fournir pour le salarié ou du salaire à verser pour l'employeur. Ni le débiteur, ni le créancier ne peut prévoir à l'avance combien de temps durera l'exécution du contrat. Étant exécuté de manière successive, le contrat de travail expose naturellement les parties à un aléa.

Toutefois, l'argument ne convainc pas à la lumière de la démonstration du Professeur François Grua qui déclare l'aléa « inapte à la matière de la condition et du terme »². Les modalités de l'obligation ne correspondent pas à l'incertitude de l'aléa, car elles sont prédéterminées. Pour contrecarrer la difficulté de cerner ici l'aléa dans la relation de travail, nous sommes tenté de reprendre l'illustration précédente. Le contrat de travail n'est-il pas davantage aléatoire en présence d'une clause de rémunération variable ? Il peut s'agir par exemple d'une commission calculée à partir du chiffre d'affaires réalisé par un commercial.

¹ WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791.

² GRUA Fr., *op. cit.*, spéc. p. 269.

Dans cette hypothèse, l'indétermination de la quotité ne rend-elle pas la valeur de la prestation incertaine ? La Chambre sociale de la Cour de cassation a tranché dans un arrêt en date du 9 octobre 1990, dans lequel elle déclare aléatoire la clause de réserve d'acquisition par laquelle les commissions versées par une compagnie d'assurance à son employé ne sont acquises qu'au *prorata* du paiement des primes effectuées par les clients assurés¹. L'incertitude est acceptée par les parties au contrat de travail lors de sa conclusion, ce qui ne leur permet pas d'apprécier le montant définitif de la rémunération du travail effectué. À nouveau, l'aléa peut se caractériser dans la relation de travail.

D'une conception à l'autre, le contrat de travail prend l'apparence d'un contrat aléatoire parce que son contenu est destiné à couvrir un risque de modification du contrat de travail, voire d'une perte d'emploi. Il est beaucoup plus sous l'emprise d'incertitudes qu'on ne veut le croire. Les prestations, que fournissent respectivement l'employeur et le salarié, peuvent dépendre d'un événement incertain qui commande l'équilibre du contrat, et dont la tournure effective est impossible à connaître à l'avance². Objectivement déterminable, elles sont pourtant rebelles à toute évaluation exacte³ si bien qu'il est difficile d'apprécier s'il y a ou non déséquilibre entre les prestations réciproques⁴.

Mais n'est-ce pas le cas de tout contrat ? N'y a-t-il pas toujours un soupçon d'aléa dans une relation contractuelle ? Répondre par l'affirmative reviendrait à remettre en cause l'opposition du contrat aléatoire au contrat commutatif. Or, la doctrine a déjà relevé les imperfections de ce « tandem »⁵. Certains auteurs considèrent que les solutions du droit positif se relient à la portée des règles en cause, plus qu'à une division rigide des catégories⁶ ; que « le contrat aléatoire est non pas un type de contrat s'opposant au contrat commutatif, mais une variété de contrat commutatif »⁷. Il est vrai que tout contrat dont l'exécution est différée dans le temps comporte une part d'aléa, car tout contrat est dominé par la spéculation⁸, et que le simple degré de cet aléa ne pourrait emporter un changement ou une opposition de qualification⁹.

¹ Cass. Soc., 9 octobre 1990, *D.* 1990, IR, p. 242.

² Cf. BÉNABENT A., *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien-LGDJ-EJA, coll. « Domat Droit privé », 11^{ème} éd., 2007, n° 20.

³ Seule une maîtrise des risques peut être opérée par l'une des parties par un calcul mathématique de probabilité.

⁴ MALINVAUD Ph., *Droit des obligations*, Litec, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2007, n° 65 ; cf. DEPREZ J., « La lésion dans les contrats aléatoires », *RDT civ.* 1955, p. 1.

⁵ ANTONMATTÉI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil – contrats spéciaux*, Litec, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2008, n° 535 ; Cf. BÉNABENT A., *J.-Cl. civil*, art. 1964, spéc. n° 4.

⁶ GRUA Fr., *op. cit.*

⁷ TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 10^{ème} éd., 2009, n° 69.

⁸ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, n° 416.

⁹ GRUA Fr., *op. cit.*

Les contrats commutatifs peuvent ainsi, par l'introduction d'un aléa, perdre leur qualité originelle¹. Ils ne sont cependant pas toujours aléatoires, car l'incertitude dépend du hasard : la perte fortuite de l'un entraîne le gain fortuit de l'autre². Le contrat de travail demeure un contrat *a priori* commutatif³ : ni aléatoire ni commutatif, mi-aléatoire mi-commutatif, le contrat de travail contribue à l'écartèlement de la classification traditionnelle déjà dénoncé⁴.

¹ ANTONMATTÉI P.-H. et RAYNARD J., *op. cit.*, n° 536.

² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, n° 415.

³ GRUA Fr., *op. cit.*

⁴ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 2

Force est de conclure que les modes d'élaboration des sources négociées du droit du travail se trouvent perturbés sans pour autant en déduire qu'un nouveau mode de formation du droit du travail soit apparu pour se substituer à celui préexistant¹. L'inflation législative fustigée, le législateur a préféré déléguer ses compétences aux partenaires sociaux. Et les parties à la relation de travail ne manquent d'exercer de leur liberté contractuelle, le contrat étant en partie légalement indéterminable.

En somme, la production négociée du droit du travail est variable : la loi peut être négociée par les partenaires sociaux en amont lors de l'élaboration de la règle et/ou en aval lors de sa mise en œuvre. C'est la négociation qui légifère, qui renvoie au législateur le pouvoir de contresigner, le pouvoir d'homologuer en quelque sorte l'accord conclu. Les partenaires sociaux se voient ainsi déléguer le pouvoir d'initiative de la loi que la Constitution réserve en principe au Premier ministre et aux parlementaires. La dénaturation des sources ne fait aucun doute ici : le législateur ne légifère plus à proprement parler puisqu'il fait largement participer les partenaires sociaux, la loi n'est plus le fruit d'une discussion parlementaire, mais celui d'une négociation collective.

Ces différentes interactions nous conduisent à conclure par une nouvelle interrogation : s'agit-il d'une soumission de la négociation collective à la loi ou d'un affranchissement ? Toutes les illustrations montrent que le sens de la réponse varie selon les circonstances. Retenons que la loi est dorénavant l'aboutissement d'un processus complexe composé de délibérations parlementaires et de négociations collectives à champs d'intervention limités ou non, et que la négociation collective n'a plus simplement vocation à la compléter

¹ CHAUCHARD J.-P., *La conception française de la négociation collective en droit du travail*, 1989, p. 29.

Son propos reste d'actualité : « *L'apparition de nouvelles formes de négociations collectives, qui se conjugue à une redéfinition des relations entre pouvoirs publics et partenaires privés et qui conduisent toutes deux à voir dans la négociation collective une véritable source de droit objectif, ne permettent cependant pas de conclure qu'un mode nouveau de formation de droit du travail s'est entièrement substitué au précédent* ».

Quant à la relation individuelle de travail, elle est dès l'origine difficile à déterminer légalement : inspirée du contrat de louage de services prévu à l'article 1710 du Code civil, elle voit sa qualification osciller d'une dimension contractuelle à une dimension extra-contractuelle. En effet, le rapport de travail est bien un acte générateur d'obligations entre deux personnes unies par un lien de droit, en vertu duquel le créancier est en droit d'exiger quelque chose du débiteur en dépit d'un caractère parfois aléatoire ; et il demeure aussi un acte-condition au sens où le salarié est intégré à une communauté de travail soumise au pouvoir de l'employeur, mais désormais orienté vers l'emploi.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

À l'issue de ces développements, le temps est désormais venu de considérer le chemin parcouru et de recueillir les enseignements livrés par l'analyse de la variabilité du droit du travail perçu à travers ses modes d'élaboration. L'« indigestion du corps social »¹ brocardée par la doctrine n'a semble-t-il pas convaincu le législateur de freiner le vote de ses lois, ni le juge de créer de nouvelles règles. Pourtant, « la raison triomphante de la loi ne convainc plus »², ce qui explique l'intervention des partenaires sociaux et des parties au contrat de travail à édifier eux-mêmes les relations individuelles et collectives de travail.

Stricto sensu, la loi n'est plus loi, le règlement n'est plus règlement, la jurisprudence n'est plus jurisprudence, la négociation n'est plus négociation. Chacune de ces sources est dénaturée dans son sens originel. Elles subissent une perte de saveur par un changement de rôle des acteurs normatifs. Les règles sont devenues fades, elles s'effritent jusqu'à en être dénaturées³. Un tel affadissement des sources⁴ ne signifie toutefois pas un affaiblissement de la procédure d'élaboration ; bien au contraire, l'inflation des textes se communique et amplifie les procédés de production normative.

Un entrelacement se dessine entre un droit imposé et un droit négocié⁵, parce que l'État ne peut plus se poser comme le guide du changement. Son absence de maîtrise engendre l'activisme des détenteurs du pouvoir de négocier. Pour autant, le raisonnement ne conduit pas à la négation du rôle de l'État ; celle-ci est le signe que la régulation étatique ne peut plus suffire. De nouvelles régulations sociales sont nécessaires au plan professionnel d'abord, mais aussi dans des lieux plus diversifiés ensuite, plus ou moins proches des salariés.

¹ SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p. 43.

² MEKHI M., « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. CHASSAGNARD-PINET et P. HIEZ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 323, spéc. p. 333.

³ La dénaturation se définit en sens commun comme le changement des caractéristiques, le fait d'ajouter ou de retirer une substance, un élément impropre à sa destination originelle.

Cf. *Le Petit Robert* : Affadir signifie, dans un premier sens, faire défaillir, écoeurer ; et dans un second sens, rendre fade, priver de saveur, de force. C'est le contraire d'affermir, de pimenter, de relever.

⁴ DEBBASCH Ch., *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, éd. CNRS, 1986.

⁵ SUPIOT A., « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* 2002, p. 13, spéc. p. 20.

Au-delà du simple constat que les sources du droit du travail sont variées, il s'agit désormais de démontrer que le droit du travail a la capacité à piocher parmi une quantité de normes qui s'applique de manière variable.

SECONDE PARTIE

LA VARIABILITÉ DES MODES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Les règles qui régissent une société doivent, pour constituer un système cohérent, être organisées entre elles selon un ordre déterminé qui assigne à chacune sa place parmi les autres. Le système juridique français repose sur le modèle kelsénien de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire non pas un « système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹. Selon le Professeur Hans Kelsen en effet, il y a toujours une hiérarchie entre les différentes normes malgré la diversité des systèmes de droit ; l'ordre juridique dessine une pyramide normative à partir de laquelle chaque règle tire sa force obligatoire de sa seule conformité à la norme immédiatement supérieure. Autrement dit, en cas de concours entre deux règles distinctes, on doit appliquer celle ayant une valeur supérieure. Et en droit du travail comme dans tout système juridique², les règles s'articulent par hypothèse autour de l'idée d'une hiérarchie des normes issue de la théorie kelsénienne.

Cependant, si cette théorisation fut séduisante un temps, elle ne résista pas aux assauts de la doctrine³. Celle-ci a démontré qu'une telle échelle hiérarchique est insatisfaisante et

¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2^{ème} éd., 1999, p. 224.

² Voir notamment : BOSSU B., DUMONT Fr. et VERKINDT P.-Y., *Droit du travail, Introduction et Relations individuelles du travail*, Tome 1, Montchrestien-Lextenso éd., 2007, p. 63 et suivantes.

³ Pour un exposé de ces critiques : PUIG P., « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749, spéc. p. 751 et suivantes.

Le Professeur Hans Kelsen s'avoue vaincu lui-même dans la préface de la seconde édition : « *j'ai pleinement conscience [du risque... que les concepts fondamentaux du droit qu'une théorie générale élabore] n'appréhendent pas la totalité des phénomènes juridiques* » (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2^{ème} éd., 1999, p. 7).

devenue inadéquate. Insatisfaisante¹ parce qu'elle ne permet pas d'intégrer la jurisprudence et la coutume dans sa figure pyramidale, faute de résulter d'un acte juridique déterminé, ni d'expliquer la supériorité de la loi sur le règlement. Inadéquate² parce que la variabilité de la production des règles l'expose à des mécanismes complexes d'articulation qui excluent parfois toute idée de linéarité verticale : « les rapports entre les normes juridiques seraient désormais caractérisés, sinon par la "circularité" et la "récursivité" (N. Luhmann), au moins par des figures baroques – hiérarchies "discontinues" ou "enchevêtrées", "alternatives" ou "inversées", formant autant de "boucles étranges" (D. Hofstadter) »³. Les qualificatifs ne manquent pas pour décrire la variabilité de l'articulation des règles⁴ au point d'évoquer un changement de paradigme⁵.

On a en effet observé que les normes ne s'ordonnent plus selon le modèle « jupitérien » à caractère impérial, voire dominateur. Il ne s'agit plus seulement d'une rationalisation déductive et linéaire, orientée vers un futur maîtrisé qui repose sur la croyance moderne du progrès par l'histoire ; mais les règles s'articulent selon le modèle « Hermès »⁶, messager des dieux. Toujours en mouvement, ce modèle assure le passage des normes aux autres en les reliant, jusqu'à forcer des passages inconnus. Il se caractérise concrètement par la multiplication des acteurs juridiques et la superposition subséquente des niveaux du pouvoir normatif⁷. Ces caractéristiques produisent alors une combinaison des règles qui correspond de moins en moins à un emboîtement hiérarchique tel que pourrait l'espérer le collectionneur de poupées gigognes selon les termes du Professeur Michel Despax⁸. Dès lors que les normes ne sont plus exclusivement issues de systèmes étatiques structurés, mais aussi de systèmes juridiques diversifiés, la valeur classiquement supérieure d'une règle ne suffit plus à en prévoir l'application juridique. Celle-ci serait en conséquence variable.

¹ PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 29^{ème} éd., 2010, p. 529.

² OST FR. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Éd. F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 99 et suivantes.

³ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 5, 1998, p. 21, spéc. p. 33.

⁴ Par exemple, le Professeur Georges Borenfreund observe que la démultiplication des sources du droit du travail, et leur instabilité subséquente, peut presque inévitablement « faire naître des enchevêtrements, provoquer des contradictions et révéler des antinomies » (BORENFREUND G., « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Dr. soc.* 1996, p. 461, spéc. p. 465).

⁵ OST FR., « De la pyramide au réseau, un nouveau paradigme pour la science du droit », in *Tisser le lien social*, sous la direction d'A. SUPLOT, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 189.

⁶ OST FR., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la direction de P. BOURETZ, Éditions Esprit, 1991, p. 241.

⁷ AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, p. 144 ; ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 20, 2^{ème} éd., 2004, p. 281 et suivantes.

⁸ DESPAX M., *Le droit du travail*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^{ème} éd., 1991, p. 13.

Dans sa conception post-moderne du droit, le Professeur Jacques Chevallier résume la situation ainsi : on serait « en voie de passer d'un droit "monologique", reposant sur la "transitivité", la génération des normes se faisant suivant un processus en cascade, à un droit "dialogique", reposant sur l'"intransitivité", c'est-à-dire où il n'y a plus, ni ordonnancement hiérarchisé, ni "pré-détermination" de la signification des normes »¹. Les transformations de l'ordre juridique l'éloignent par conséquent du modèle de la pyramide pour le diriger vers celui du réseau. Le phénomène est particulièrement vrai en droit du travail fragilisé par la libéralisation des échanges.

Reprenons à notre compte les facteurs décisifs des conséquences de la mondialisation économique sur les relations de travail développés par le Professeur Marie-Ange Moreau : « le développement du commerce international, institutionnalisé dans le cadre de l'OMC se conjugue avec le développement des investissements étrangers et celui des entreprises multinationales, entraîne la régionalisation et la polarisation des activités économiques en appui sur le développement des technologies et des communications et sur la financiarisation des marchés »². Cet état de fait conduit à penser qu'un ensemble permanent ou temporaire d'acteurs normatifs, dont les pouvoirs s'entrecroisent plus ou moins régulièrement³, interviendrait à rebours de l'ordre juridique classique. Cet ensemble s'identifie sous la forme d'un réseau d'influences externes qui déstabilise l'articulation hiérarchique. Ce genre de figure réticulaire permet ainsi de tracer les lignes joignant les préoccupations nationales et internationales que suscite la mondialisation de l'économie. Mais le réseau n'est qu'un état descriptif du phénomène, c'est pourquoi nous nous attacherons à définir l'articulation autrement : le système hiérarchique (Titre 1) coexisterait avec une articulation « globale » (Titre 2).

¹ CHEVALLIER J., *op. cit.*, spéc. p. 33.

² MOREAU M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006, p. 29 et suivantes.

L'auteur appuie ces propos sur deux références : MICHALET C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche juridique », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de C. KESSADJIAN et E. LOQUIN, Litec, 2000, p. 11 ; AGLIETTA M. et REBÉRIOUX A., *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel, coll. « Economie », 2004.

³ *Le Petit Robert*, V° « Réseau (II) » (par analogie de forme en référence à la toile d'araignée).

TITRE 1

UNE ARTICULATION HIÉRARCHIQUE

Existe-t-il encore une hiérarchie des normes en droit du travail ? La question peut surprendre de prime abord, mais elle n'est pas sans intérêt à l'instar des critiques doctrinales qui s'élèvent à l'encontre des théories du droit, notamment celle du Professeur Hans Kelsen ¹. Ce dernier, partant du constat que le droit règle sa propre production, a tenté d'expliquer l'articulation rationnelle des normes ainsi créées à partir de l'image pyramidale. La logique kelsénienne ayant été commentée à de nombreuses reprises, observons la thèse du Professeur Nikitas Aliprantis ² qui s'en inspire largement : elle met en exergue une double hiérarchie qui repose, d'une part, sur le conditionnement de la norme en se fondant sur les rapports logiques de dépendance entre les normes, et d'autre part, sur l'étendue de sa force obligatoire.

Il a été démontré par la suite qu'il n'est pas possible de distinguer clairement ces deux critères : « le pouvoir de subordonner ou de supprimer est le corollaire de celui de créer ou de conditionner » ³. Par exemple, la convention collective peut mettre en sommeil les clauses contractuelles, mais elle n'a pas le pouvoir de supprimer le contrat de travail en son entier. Cet exposé succinct de quelques opinions doctrinales témoigne de l'appétence des auteurs à participer à la conceptualisation sibylline de la hiérarchie des normes. Au final, les arguments s'amoncellent en faveur de son existence ou de son absence sans réellement convaincre.

Au demeurant, nous partageons l'opinion suivante du Professeur Pascal Puig : « ce qui est aujourd'hui remis en cause n'est pas tant la hiérarchie en elle-même qu'une certaine

¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2^{ème} éd., 1999.

² ALIPRANTIS N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 39.

³ BONNIN V., *Les rapports du contrat de travail et de la convention collective*, Thèse dactylo., Bordeaux I, 1993, p. 378.

conception de celle-ci. Si déclin il y a, celui-ci n'affecte que la systématique de la hiérarchie, non sa valeur opératoire qui reste effective »¹. En d'autres termes, la hiérarchie n'est plus le fondement de l'ordre juridique qu'une théorie pure pourrait systématiser, mais un simple mode de résolution des conflits des normes. Cette transformation a conduit le même auteur à récuser l'idée traditionnelle d'un système hiérarchique pour défendre celle post-moderne de l'existence d'un « principe hiérarchique »². La valeur de la pyramide des normes glisse donc d'un système à un principe à proprement parler. Le système dit hiérarchique n'est plus, il est régi par un principe hiérarchique.

Les développements suivants tenteront de transposer cette doctrine de droit commun à la matière travailliste : raisonne-t-on également en termes de principe ? Et si oui, ne doit-on pas lui adjoindre un autre épithète plus appropriée ? Au demeurant, on prend aussitôt le parti de retenir le maintien de l'existence d'une articulation hiérarchique *lato sensu*, tant celle-ci est sous-jacente aux rapports entre les différentes sources du droit du travail. En effet, rares sont les règles qui s'appliquent sans entrer en conflit avec une autre, conflit dans lequel l'une prime nécessairement sur l'autre.

La supériorité étant de l'essence de la hiérarchie, on ne conçoit pas sa récusation totale ; bien au contraire, force est d'admettre que les règles se hiérarchisent selon l'intensité de leur force juridique qui varie en fonction des intérêts en jeu. Tantôt la règle est dite impérative, tantôt elle est dite supplétive. L'explication de l'opposition pourrait s'arrêter nette, s'il y avait des définitions figées et indiscutables de l'impérativité et de la supplétivité, si les intérêts en jeu étaient clairement identifiés par les acteurs juridiques. Tel n'est pas le cas : l'effet impératif d'une règle est tout autant variable (Chapitre 1) que son effet supplétif (Chapitre 2).

¹ PUIG P., « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749, spéc. p. 756.

² *Ibid.*

CHAPITRE 1

LA VARIABILITÉ DE L'EFFET IMPÉRATIF

Par essence, la norme est dite impérative car elle présuppose un *imperium*. Elle secrète un impératif qui s'impose aux membres de la société au nom du maintien de l'organisation sociale, sans qu'ils puissent l'écarter, voire simplement la discuter. L'intangibilité dont la règle impérative est assortie lui confère alors une « valeur solennelle qui fait imaginer une interdiction absolue relevant, si l'on ose dire, de l'ordre du "sacré" »¹ ; à tout le moins, de la contrainte étatique sur le fondement de l'article 6 du Code civil par exemple.

On définit la règle impérative comme étant un « texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique »². Cela signifie que la règle impérative se déclare explicitement ou implicitement supérieure aux autres règles avec lesquelles elle est en conflit, qu'elle prime et qu'elle n'est donc pas négociable.

Par hypothèse, seul le législateur attribue le caractère impératif aux règles de droit, attribution que complète la jurisprudence en cas d'imprécision (Section 1). Or il a délégué son rôle en confiant ce pouvoir aux partenaires sociaux puisque ceux-ci ont également pouvoir de rendre impératives certaines règles (Section 2).

¹ PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 421, 2004, p. 11.

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadriges », 8^{ème} éd., 2007, V^o « Règle impérative ».

SECTION 1

L'IMPÉRATIVITÉ LÉGALE

Analyser l'impérativité de la loi en droit du travail conduit à faire resurgir le débat relatif à l'opposition entre les règles impératives et celles dites d'ordre public. Une partie de la doctrine estime qu'elles ne doivent pas être confondues, alors même qu'en pratique, législateur et jurisprudence les assimilent. N'emploient-ils pas le terme d'ordre public à seule fin de préciser le caractère impératif des règles ? C'est le cas par exemple des formalités requises aux articles L. 1251-42 et suivants du Code du travail relatifs au contrat de travail temporaire, que la Cour de cassation qualifie d'ordre public sans que le législateur les ait définies comme telles¹. Ou à l'inverse, n'utilisent-ils pas le caractère impératif à seule fin de ne tolérer aucun aménagement dans quel sens que ce soit au nom de l'ordre public ? Pour preuve, l'article L. 1221-22 du Code du travail qui dispose que « les durées des périodes d'essai fixées par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 ont un caractère impératif [...] ».

Les exemples peuvent se multiplier à l'excès² pour démontrer la fréquence de la présence de l'impérativité dans le Code du travail, alors même que la substance desdites règles relève semble-t-il de l'ordre public. L'utilisation des formules n'est donc pas de nature à éclaircir la distinction.

Peut-on alors en déduire à la lumière des propos du Professeur Jacques Ghestin que « les lois d'ordre public et les lois impératives constituent une seule et même catégorie »³ ? Il est vrai que les domaines couverts par ces règles coïncident très souvent, mais cette coïncidence n'est pas totale aux yeux de certains⁴ : le champ d'application de l'ordre public

¹ Cass. Soc., 17 avril 1980, *Bull. civ. V*, n° 318 ; 12 juin 1981, *Bull. civ. V*, n° 558 : « La formalité d'un contrat écrit étant destinée à garantir le respect de diverses conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'oeuvre est interdite, l'omission de cette prescription d'ordre public entraîne la nullité absolue du contrat ».

² Les dispositions préliminaires (en Livre premier) de la première partie relative aux relations individuelles de travail sont significatives de l'emploi de formules impératives telles que : « nul ne peut », « aucune personne ne peut », « aucun salarié ne peut », « est nulle toute clause contraire », « toute convention contraire aux dispositions [...] est nulle de plein droit », etc.

³ GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 91, n° 110.

⁴ TERRÉ FR., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2009, p. 266, n° 293 ; CATALA P., « Rapport de synthèse », in *L'ordre public : Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 2001, p. 1, spéc. p. 3.

serait plus large en ce qu'il ne résulte pas des seules lois impératives. La vocation de l'ordre public est de fonder des valeurs qui ne sauraient se ramener à la seule impérativité de la règle. Toutefois, cette position est difficilement défendable notamment en raison de l'absence de fondement. Pour d'autres, les règles d'ordre public sont plus impératives que les autres. Leur force juridique est « doublée »¹ à l'égard de sources sur lesquelles elle l'emporte déjà ; ce sont les règles pour lesquelles « la force contraignante préexiste à ce pouvoir qu'auraient ou n'auraient pas les sujets de droit d'en aménager les effets et la portée »².

A contrario, des auteurs ont soutenu que toutes les lois impératives ne peuvent être qualifiées d'ordre public³. Les unes sont d'intérêt général – ce qui justifie la nullité des contrats non conformes autorisant toute personne intéressée à s'en prévaloir – tandis que d'autres ne visent qu'à protéger des intérêts particuliers, et sont en conséquence, sanctionnées par une nullité relative ouverte aux seules personnes protégées. On peut déduire que seules les lois impératives d'intérêt général peuvent être considérées comme d'ordre public. Or, ce partage de force juridique entre les lois impératives⁴ paraît « résulter d'un malentendu sur la notion même d'ordre public »⁵, malentendu qui repose sur deux préjugés.

Tout d'abord, s'il est vrai que l'ordre public veille ordinairement à la sauvegarde des intérêts de la collectivité, « il n'en est pas moins exact que, très souvent, l'ordre public intervient au bénéfice d'intérêts individuels déterminés »⁶. À ce titre, le législateur est libre d'attribuer le caractère d'ordre public à une loi⁷ en fonction des intérêts qu'il veut faire prévaloir. Il faut bien constater que de nombreuses lois impératives ne visent qu'à protéger certains intérêts de groupes ou d'individus sans que la référence à l'intérêt général soit immédiate. Même édictées en faveur de certaines catégories de personnes, toutes les lois impératives visent finalement à faire prévaloir l'intérêt général sur les volontés individuelles.

La distinction provient en réalité d'une « confusion⁸ entre l'objet et le but de la règle. Les règles impératives qualifiées "d'intérêt privé" ont certes pour objet de protéger les

¹ ALIPRANTIS N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 47.

² TERRÉ FR., « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 3, spéc. p. 4.

³ MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Tome I, 2^{ème} éd., 1980, n° 98 et suivants.

⁴ VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 17.

⁵ AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2010, n° 100.

⁶ *Ibid.*

⁷ Le législateur attribue même exceptionnellement valeur impérative aux usages aux termes de l'article L. 1237-1, alinéa 2, du Code du travail.

⁸ Sans parler de confusion, le Professeur Jacques Ghestin estime que la distinction complique la distinction de manière inopportune (GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 92, n° 110).

particuliers auxquels elles s'appliquent mais elles poursuivent un but d'intérêt général qui doit prévaloir sur les volontés individuelles. Il est d'ordre public de protéger des intérêts privés, "dont la lésion porterait préjudice à tout le groupe social" »¹. L'auteur étaye son argumentation en donnant l'exemple suivant : « les questions du règlement intérieur d'une entreprise privée touchent à l'ordre privé de l'entreprise lorsqu'elles traitent des sanctions disciplinaires applicables aux salariés... mais à l'ordre public dans l'entreprise lorsqu'elles s'imposent à tous les personnes susceptibles d'y entrer en vue d'assurer la sécurité »². Dès lors, l'ordre public n'exclut pas les intérêts privés ; il en est nullement ignorant, il se place au-dessus.

La confusion suscitée réside aussi dans le fait que la sauvegarde passe par une restriction de liberté³. Et c'est précisément « en imposant des lois impératives dans un certain nombre de domaines [que] le législateur a permis à certaines volontés de s'exprimer désormais, alors qu'elles ne le pouvaient pas avant »⁴. Rien ne présage pourtant ici encore que l'intérêt général ne soit pas en jeu.

Ensuite, parce que la sanction attribuée en cas d'atteinte à ces dispositions est loin d'avoir la rigueur académique qu'on lui donne. Toutes les lois d'ordre public ne sont pas automatiquement sanctionnées d'une nullité absolue. Il est des règles dont la violation n'entraîne pas la nullité du contrat⁵, mais constitue une infraction pénale⁶, comme en cas d'atteinte au respect de l'un des droits des salariés ; la nullité n'est encourue en réalité que si la règle violée est en relation directe avec la conclusion du contrat, parce que maintenir le contrat dans cette hypothèse serait perpétuer l'infraction, et donc violer l'ordre public. Autrement dit, l'annulation peut être limitée à la stipulation prohibée, ou aboutir à une modification du contrat.

Tous ces arguments montrent que la distinction doctrinale faite entre règles impératives et règles dites d'ordre public a perdu de sa pertinence⁷. D'ailleurs, la doctrine s'accorde aujourd'hui à admettre que l'ordre public englobe toutes les lois impératives : il « englobe tous les principes et toutes les règles, que le législateur juge essentiels pour le bon

¹ VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 17-18.

² *Ibid.*

³ AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *op. cit.*

⁴ MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Éd. Fr. Maspero, 1976, p. 163.

⁵ Par exemple, la Cour de cassation a jugé que l'exigence posée à l'ancien article L. 121-1, alinéa 2, du Code du travail « n'a pas pour sanction la nullité du contrat ; qu'elle permet seulement au salarié d'exiger de l'employeur la délivrance d'un contrat conforme aux exigences du texte » (Cass. Soc., 19 mars 1986, *Bull. civ.* V, n° 98).

⁶ Même si en soi la sanction encourue en cas d'infraction pénale est rigoureuse, car tel n'est pas notre propos.

⁷ ALIPRANTIS N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 47.

ordre de la société, et qui, de ce fait, s'imposent au respect de tous »¹. Dès lors, les expressions « règle impérative » et « règle d'ordre public » seront tenues pour synonymes, faute de critère déterminant propre à fonder une distinction nette, voire propre à tenter une nouvelle distinction subtile et hasardeuse².

Les développements suivants s'attacheront à démontrer que l'impérativité légale ainsi entendue s'est vue transformer. La diffusion de valeurs fondamentales nouvelles et/ou renouvelées a en effet entraîné une démarche de promotion qui a trouvé dans l'ordre public son outil le plus efficace : tantôt il se rétracte (§ 1), tantôt il se renouvelle (§ 2).

§ 1. Rétractation de l'ordre public

La notion juridique d'ordre public est difficile à cerner en raison de l'indétermination de son contenu. Elle est une notion particulièrement fuyante qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise. À ce titre, les tentatives de la doctrine ont rarement abouti à une formule satisfaisante, sauf à retenir des formules longues, toutes différentes, voire très « pittoresques »³. Preuve en est le recensement de plus de vingt-deux définitions dans la thèse du Professeur Philippe Malaurie⁴.

Toute nouvelle tentative s'avérerait infructueuse qui plus est compte tenu de sa variabilité : l'ordre public évolue en effet au cours du temps en fonction d'impératifs politiques, économiques et sociaux⁵. Il « emprunte, il faut l'avouer, une partie de sa majesté au mystère qui l'entourne »⁶. Malgré sa teneur « malléable »⁷, incertaine, difficilement prévisible, les auteurs s'accordent à retenir la conception de Planiol en vertu de laquelle une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »⁸. Cette technique de définition par renvoi à l'intérêt général est

¹ AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *op. cit.*

² GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 92, n° 110.

³ GHESTIN J., *op. cit.*, n° 104 : « les auteurs refusent de "s'aventurer sur les sables mouvants" ou "sur un sentier bordé d'épines" ».

⁴ MALAURIE Ph., *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, Éd. Matot-Braine, 1953, p. 263.

⁵ Selon des appréciations de pure opportunité pratique parfois, sans compter que la notion d'ordre public varie d'un pays à un autre.

⁶ JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une nouvelle théorie*, LGDJ, 1909, p. 302.

⁷ GHESTIN J., « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984, p. 77 ; ROZÈS L., « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311.

⁸ Cité par : MALAURIE Ph., *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, Éd. Matot-Braine, 1953, p. 263.

critiquable, mais elle paraît le mieux rendre compte de son contenu : c'est au-dessus des intérêts particuliers qu'il existe un intérêt général, que le pouvoir de la volonté ne saurait méconnaître.

Prenant appui sur quelques textes du Code civil¹, la doctrine enseigne que la volonté ne peut être limitée que par le législateur. Seule la loi peut mentionner qu'une règle est expressément d'ordre public en prohibant toute clause contraire, voire en l'assortissant d'une sanction pénale. Mais rares sont ces mentions expresses.

Aux côtés de l'ordre public textuel ainsi reconnu par le législateur prospère un ordre public dit virtuel, car révélé par le juge ; celui-ci peut effectivement attribuer le caractère impératif à une disposition s'il estime que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société, et ce dans le silence même de la loi. À ce titre, il est permis d'approuver l'observation du Professeur Philippe Malaurie selon laquelle l'ordre public judiciaire serait conservateur et statique, tandis que l'ordre public législatif aurait un contenu plus dynamique², plus variable. En effet, la jurisprudence est rendue au nom de la sécurité juridique, mais ajoute-t-il, il ne faut pas négliger son action novatrice³.

Afin de déterminer le contenu de l'ordre public, la doctrine a coutume d'opposer l'ordre public politique et l'ordre public économique, ou plus précisément l'ordre public politique et moral et l'ordre public économique et social⁴. La distinction demeure descriptive et historique puisqu'elle correspond à une évolution du rôle de l'État. Qui plus est, elle est artificielle dans la mesure où le politique et l'économique sont désormais étroitement liés. Qu'en est-il de chacun ?

D'une part, l'ordre public est dit politique lorsqu'il tend à faire respecter l'organisation de l'État et des pouvoirs publics, la famille et les bonnes mœurs. Il se limite au bon fonctionnement des institutions nécessaires à la cohésion de la société. Soulignons qu'il a fait l'objet de quelques controverses quant à la détermination des bonnes mœurs en raison de son aspect contingent et purement subjectif⁵. C'est pourquoi, il a été suggéré d'uniformiser sa conception, de l'objectiver⁶. Ce constat parmi d'autres conduit à reconnaître que son acception a changé.

¹ Peu nombreux sont ces textes, principalement les articles 6 et 1133 du Code civil.

² Cité par : GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 95, n° 114.

³ Cf. supra.

⁴ Cette précision n'est pas négligeable compte tenu de leur teneur respective, mais elle est occultée en droit positif : pour quelles raisons ? Peut-être par souci de simplification, et sans nul doute dans l'ignorance de sa clarté.

⁵ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

⁶ GHESTIN J., « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984, p. 77, spéc. p. 86.

D'autre part, l'ordre public est dit économique parce que l'État s'immisce dans l'organisation de la production et de la distribution des biens et des services, dépassant ainsi l'organisation politique à laquelle il limitait jusque là sa compétence. Il se caractérise par la variété de ses manifestations : le législateur peut interdire, suggérer, réglementer, contrôler, etc ¹. Il est présenté comme ambivalent dans la mesure où il a pour objet de protéger à la fois l'intérêt général sous son aspect économique, et l'intérêt particulier des parties les plus faibles au contrat afin de rééquilibrer celui-ci. Cela conduit à distinguer au sein de l'ordre public économique, l'ordre public de direction de celui de protection ².

Il faut cependant se garder d'une distinction figée : l'un et l'autre interagissent au gré des circonstances. En ce sens, le Professeur Jacques Ghestin attribue à l'ordre public économique une variabilité propre dans la mesure où « son efficacité technique impose une adaptation constante à la conjoncture. Les incertitudes de la science économique le rendent essentiellement expérimental, empirique et opportuniste » ³. Le propos est sans ambiguïté.

Ces subdivisions doctrinales étant présentées, il est permis de s'interroger sur leur prise en compte en droit du travail. Force est de constater que les règles de droit commun s'appliquent ⁴, mais que les règles travaillistes s'en détachent aussi grâce à l'application d'un principe dit de faveur. Ces dernières transforment alors la notion d'ordre public dans le but de protéger le salarié, ce qui ôte à cette notion son caractère traditionnellement reconnu comme absolu. L'ordre public devient ainsi relatif en droit du travail.

La capacité du droit du travail à faire varier le concept d'ordre public nous amène à poser la question suivante : l'ordre public compose-t-il encore le droit du travail aux vues des transformations qu'il subit ? Ne s'est-il pas rétracté au sens figuré ? Entendons par là la question de savoir si le périmètre de l'ordre public s'est rétréci au contact de cette branche du droit, s'il s'est replié, recroquevillé ⁵.

¹ CANUT Fl., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 5.

² La paternité de cette distinction est attribuée au Professeur Jean Carbonnier (*Droit civil 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, n° 71).

³ GHESTIN J., *op. cit.*, spéc. p. 87.

⁴ Pour un exposé de l'ascension historique de l'ordre public en droit du travail : GAUDU Fr., « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p. 363.

⁵ Le vocable « rétractation » est préféré à celui de « contraction » invoqué par certains auteurs (COUTURIER G., « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Defrénois, 1979, p.95 ; CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243, spéc. p. 247), car ce dernier terme traduit l'idée d'une tension que ne semble pas systématiquement subir l'ordre public (www.atilf.fr).

Deux tendances se dessinent : la présence de l'ordre public absolu semble se réduire avec l'accroissement des dispositions plus favorables (A), et corrélativement, on peut mettre en lumière l'appartenance réductrice de ces dispositions à l'ordre public général (B).

A. Une présence réduite

Existe-t-il encore un ordre public absolu en droit du travail ? La réponse est positive eu égard à la conception traditionnelle de l'ordre public exposée précédemment, mais elle est à nuancer dans la mesure où sa présence semble être réduite par le développement croissant de l'ordre public dit social.

Classiquement, la conception de l'ordre public consiste à affirmer qu'il défend les piliers de la société française, qu'il veille à la défense des valeurs collectives que sont l'État, la famille, l'individu, et plus exceptionnellement un ordre professionnel¹. Il s'agirait d'un ensemble de règles minimales intangibles, que le législateur ne souhaite pas laisser à la libre disposition des particuliers. C'est un noyau dur de règles, auquel les parties à la relation contractuelle ne peuvent déroger sans « menacer le vouloir-vivre de la nation »².

Essentiellement prohibitif, l'ordre public absolu est considéré comme l'antithèse de la liberté contractuelle, tandis que l'ordre public social vise à inhiber cette dernière dans des limites étroitement circonscrites³. Or la règle travailliste n'éteint pas la liberté contractuelle, au contraire, elle en permet l'exercice pourvu qu'elle favorise le salarié. Cela étant dit, la difficulté consiste à déterminer les domaines respectifs de l'ordre public social et de l'ordre public absolu ?

C'est l'Avis du Conseil d'État du 22 mars 1973⁴ qui est la référence textuelle encore aujourd'hui. Ladite juridiction a été saisie à cette occasion de la question de savoir si le ministre pouvait prononcer l'extension de conventions collectives contenant des aménagements de règles légales relatives aux institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. En substance, des stipulations prévoyaient de rendre applicables dans les entreprises de moins de cinquante salariés ou de moins de onze salariés selon le cas, les règles

¹ TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 10^{ème} éd., 2009, n° 376 et suivants.

² CARBONNIER J., *Droit civil 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, n° 69.

³ CANUT Fl., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 2.

⁴ CE, Avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouvrier* 1973, p. 190 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, sous la direction d'Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA et Fr. ROLIN, Dalloz, coll. « Grands avis », 3^{ème} éd., 2008, p. 107.

relatives aux comités d'entreprise, aux délégués du personnel et aux sections syndicales. D'autres aménageaient dans un sens favorable aux salariés, les règles afférentes à l'exercice du droit syndical dans les entreprises et aux conditions d'électorat et d'éligibilité pour la désignation des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel.

La réponse du Conseil d'État peut se résumer ainsi : s'imposent de façon absolue les dispositions impératives par leurs termes mêmes, et les principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou les règles du droit interne ou international le cas échéant, qui débordent le domaine du droit du travail ou qui intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels. Dans son dernier considérant, le Conseil d'État précise enfin qu'« une convention collective de travail ne saurait modifier la compétence des agents publics, ni fixer des règles assorties de sanctions pénales ». En d'autres termes, l'Avis classe les règles impératives en trois catégories que l'on va s'attacher à illustrer.

La première correspond aux dispositions impératives par leurs termes mêmes, c'est-à-dire aux divers textes légaux et réglementaires qui formulent le plus souvent une interdiction. Celle-ci se relève d'ailleurs près de cent cinquante fois dans le Code du travail : l'article L. 3231-3 interdit l'indexation des salaires sur le salaire minimum interprofessionnel de croissance, l'article L. 1132-1 interdit toute discrimination, l'article L. 1331-2 interdit les amendes et autres sanctions pécuniaires, l'article L. 1242-6 interdit de conclure un contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié gréviste, l'article L. 2141-5 interdit les « clauses de sécurité syndicale », l'article L. 1237-4 les « clauses-guillotines » prévoyant la rupture automatique du contrat de travail lorsqu'est atteint l'âge de la retraite, l'article L. 2134-2 les clauses relatives à l'utilisation des marques ou de labels syndicaux, etc.

Par ailleurs, ne peuvent pas être occultées les dispositions travaillistes faisant référence à l'ordre public¹, même si elles sont parfois difficiles à détecter. Les unes s'y réfèrent de manière expresse. Citons par exemple les articles L. 2141-8² et L. 2251-1 du Code du travail³. Les autres nécessitent l'examen de formules variées comme « nonobstant toutes dispositions contraires », « toutes conventions contraires à la présente loi sont nulles », ou « réputées non écrites », etc.

Parfois même, l'autorité publique oblige à soumettre la convention à des autorisations ou à des contrôles de l'administration du travail susceptibles de sanctions pénales. De surcroît,

¹ L'ordre public absolu peut résulter en droit du travail d'une disposition législative ou réglementaire, mais également d'un principe constitutionnel ou d'une norme européenne.

² « Les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-7 sont d'ordre public [...] ».

³ « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

la place attribuée au droit pénal dans ces dispositions renforce la démonstration de la présence de l'ordre public dans le Code du travail. Soulignons que sa présence n'est pas récente puisque, par hypothèse, la branche travailliste s'est forgée pour partie sur cette base.

Les dispositions originelles régissant la relation de travail parlent d'elles-mêmes : les articles 1711, 1779 et 1780 du Code civil sont une réminiscence de l'interdiction absolue du servage, parce que l'on ne peut engager ses services qu'à temps et pour une entreprise déterminée. En conséquence, la présence de l'ordre public en droit du travail est ici ancienne et n'a pas disparu des textes.

À défaut de mentions légales, il appartient aux juges, dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, de déterminer si la loi est d'ordre public. Là encore, les exemples pleuvent. Évoquons la position controversée¹ de la Cour de cassation à propos de l'ancien article L. 423-16 du Code du travail aux termes duquel l'élection des délégués du personnel avait lieu tous les deux ans ; selon la Chambre sociale, une convention collective ne peut prévoir une élection tous les ans car le texte relève d'ordre public absolu². Il est à noter cependant que la controverse a été étouffée par des décisions postérieures³.

On peut également citer une décision en date du 14 janvier 2003 dans laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que « quelle qu'ait été l'intention des parties, il ne pouvait être dérogé par elles à la réglementation, d'ordre public, relative à la sécurité des travailleurs »⁴. Il va sans dire que la protection des salariés exige que ces dispositions soient d'ordre public absolu. D'une façon générale, les juges maintiennent leur appréciation favorable à la reconnaissance du caractère impératif des règles.

La deuxième catégorie exposée par le Conseil d'État laisse penser qu'il s'agit du pur droit civil⁵ puisqu'elle déborde le domaine du droit du travail, mais il est permis de la comprendre encore plus largement en y rattachant les droits et libertés fondamentaux. Il s'agit de règles qui servent un intérêt général plus vaste que celui qui commande la seule protection des salariés. C'est un domaine qui fait désormais partie intégrante du droit du travail, même

¹ La doctrine s'était par exemple interrogée sur le point de savoir si la Cour de cassation ne considérerait pas la durée du mandat comme une règle plus impérative que l'âge (COHEN M., obs. sous Cass. Soc., 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 68).

² Cass. Soc., 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 68, obs. M. COHEN, *D.* 1995, somm. p. 354, obs. S. FROSSARD, *RJS* 12/94, n° 1393, p. 843 ; 14 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996, p. 202, obs. M. COHEN, *RJS* 1/96, n° 36, p. 27.

Cf. OLIVIER J.-M., « Les conflits de sources en droit du travail interne », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 194, spéc. p. 219-220.

³ Notamment : Cass. Soc., 24 mai 2006, *RDT* 2006, p. 403, obs. S. NADAL.

⁴ Crim., 14 janvier 2003, *RJS* 4/03, n° 472.

⁵ *Les grands avis du Conseil d'État*, sous la direction d'Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA et Fr. ROLIN, Dalloz, coll. « Grands avis », 3^{ème} éd., 2008, p. 107, spéc. p. 113.

s'il le déborde avant tout. Et sa délimitation est bien hasardeuse, de surcroît aménageable, négociable.

En effet, le juge n'interdit pas toujours qu'il y soit dérogé. Comme le remarque Marie-Laure Morin¹, des clauses peuvent par exemple porter atteinte au respect du droit au logement, alors même que ce droit s'impose en dehors du droit du travail. Ni la loi, ni la jurisprudence n'interdisent effectivement les clauses de mobilité ou de non-concurrence, clauses pourtant susceptibles de conduire le salarié à changer de résidence, à tout le moins de porter atteinte à son libre choix de domicile². C'est la question de la conciliation des droits et libertés que tente d'arbitrer l'article L. 1121-1 du Code du travail : une restriction à la liberté du salarié de choisir son domicile personnel et familial peut être apportée par l'employeur, à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé.

Des atteintes à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du travail ont également été admises à travers les clauses de dédit-formation sur ce raisonnement. À ce titre, nous partageons les doutes du Professeur Thierry Revet quant à la constitutionnalité de la disposition législative : « Sous couvert de renforcer lesdits droits et libertés, ce texte semble, surtout, faciliter leur restriction en les plaçant, sans autre condition, sur le même plan que les impératifs professionnels »³, ce qui réduit variablement le périmètre de l'ordre public absolu en droit du travail.

Enfin, la troisième catégorie recoupe la deuxième. Elle correspond aux valeurs collectives ou aux exigences de l'intérêt général, tels que les instruments de la politique économique des pouvoirs publics et *a fortiori*, selon le Professeur Gérard Couturier, « lorsque les règles touchent à l'organisation de ceux-ci, comme c'est le cas, par exemple, de la compétence d'ordre public du Conseil de prud'hommes »⁴. En effet, le droit de saisir cette juridiction est considéré comme une protection intangible des salariés, ce qui entraîne la nullité des clauses d'arbitrage ou de celles instituant un conseil de discipline ou une commission des conflits⁵. Il est même de jurisprudence constante que la compétence des

¹ MORIN M.-L., *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque droit social », Tome 27, 1994, p. 596, n° 719.

² Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, note J. HAUSER ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RJS* 1999, p. 94, note J. RICHARD DE LA TOUR.

³ REVET Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.

⁴ *Les grands avis du Conseil d'État, op. cit.*, spéc. p. 114.

⁵ Ass. plén., 6 février 1976, *Dr. soc.* 1976, p. 472, obs. J. SAVATIER.

conseils de prud'hommes ne peut être écartée ni par les partenaires sociaux, ni par les parties à un contrat de travail ¹.

Le même auteur poursuit en se posant la question de savoir s'il en « va de même pour tout ce qui touche à la "constitution sociale de l'entreprise", notamment à la mise en place, aux attributions et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel » ². Il y répond de manière négative eu égard à l'évolution de la jurisprudence : les textes eux-mêmes semblent ouvrir la place aux aménagements négociés. Force est de reconnaître que l'interdiction d'aménager les règles n'est pas si absolue cette fois, mais cette situation est vraisemblablement due au développement du dialogue social dans l'entreprise.

Ces illustrations législatives et jurisprudentielles retenues parmi tant d'autres témoignent de la présence de l'ordre public absolu en droit du travail. Elle ne fait aucun doute, mais elle semble avoir reculé face à l'exaltation de l'individualisme, du marché et de la science ³. Sa teneur s'est effritée avec le temps, elle s'est rétractée.

L'histoire a conduit l'État à orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale, c'est-à-dire en protégeant la partie faible du contrat aux prises avec la partie forte. Les dispositions sont alors dites d'ordre public social, ce qui signifie qu'il est possible d'aller au-delà de la loi, qu'une norme inférieure peut déroger à une norme hiérarchiquement supérieure si tant est qu'elle est plus favorable aux salariés. Il est ainsi admis qu'un accord collectif peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur ⁴. Et la marge de manœuvre du législateur est large pour permettre les avantages conventionnels, puisqu'ils sont possibles tant dans le domaine des rapports individuels que dans celui des rapports collectifs. Par exemple, il est aussi bien permis à la convention collective d'améliorer les conditions de rémunération des salariés que de prévoir un plus grand nombre d'heures de délégation pour les institutions représentatives du personnel.

L'idée d'une telle amélioration de la situation du salarié repose sur un principe essentiel du droit du travail, perçu comme le corollaire de l'ordre public social ⁵: le principe

¹ Cf. MOREAU M., « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.* 1995, p. 359.

² *Les grands avis du Conseil d'État, op. cit.*

³ TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 10^{ème} éd., 2009, n° 377.

⁴ Par une décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la loi ne peut permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés » (Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *D.* 2004, somm. 3029, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT).

⁵ CHALARON Y., *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, coll. « Pratique sociale », 1990, p. 232, n° 226.

dit de faveur, concept qui semble être aussi vieux que la législation du travail elle-même ¹. Rappelons que ce principe consiste à faire application de la règle la plus favorable aux salariés en présence de deux règles de droit de source distincte ayant vocation à s'appliquer. Reste qu'il a véritablement pris son essor à partir de 1982 avec la nouvelle réglementation de la durée du travail ², et bouleverse grandement notre perception de l'ordre public. Ce dernier n'est plus à sens unique, mais il est à deux vitesses comme l'appelaient de leur vœu certains auteurs ³. L'une est davantage d'inspiration civiliste ou politique, et l'autre d'inspiration sociale. Les deux coexistent, et l'accroissement constant du domaine couvert par l'ordre public social conduit une partie de la doctrine à constater le recul du domaine couvert par l'ordre public absolu ⁴. Ce qui est hors du champ de l'ordre public absolu constituerait l'ordre public social.

D'ailleurs, le Professeur Gérard Lyon-Caen pronostiquait déjà en 1973 la substitution progressive de l'ordre public social à l'ordre public absolu ⁵. S'est-elle réalisée ? L'ordre public social est-il si imposant qu'il évince complètement l'ordre public absolu ? L'affirmative est tentante, tant il est vrai que le fondement de la distinction est ancien. Il date de l'Avis précité du Conseil d'État de 1973, et avec l'évolution des mœurs, l'ordre public social semble prévaloir. L'argument temporel ne fait donc pas de doute ⁶, seulement pas au point de réduire comme peau de chagrin le domaine de l'ordre public absolu.

Les exemples précédemment exposés réfutent l'accusation : les indications générales du Conseil d'État laissent au juge une large marge d'appréciation pour lui permettre de combiner l'ordre public absolu et l'ordre public social ⁷. Il ne s'agit là que d'une évolution du contenu de l'ordre public qui est ainsi variable. Certes, la présence de l'ordre public absolu s'est parfois réduite en droit du travail, mais cette réduction n'est pas irréversible. L'ordre

Et l'auteur de remarquer que ce lien de cause à effet est discutable : du fait de sa généralité, le principe de faveur « *ne devrait pas être confondue avec l'idée d'ordre public, car celui-ci n'affecte que la loi. L'application de la disposition la plus favorable est une règle en soi, le plus souvent convergente mais distincte de l'ordre public* ».

¹ Pour un exposé complet de ses origines : CANUT Fl., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 25 et suivantes, n° 60 et suivants.

² « *La durée du travail est un peu aujourd'hui le "ventre mou" de l'ordre public social [...]* » (BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171, spéc. p. 185).

³ BONNECHÈRE M., *op. cit.*, spéc. p. 180.

⁴ BOCQUILLON F., « Que reste-t-il du "principe de faveur" ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255 ; REVET Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43, spéc. p. 50.

⁵ LYON-CAEN G., « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89, spéc. p. 98.

⁶ BOULLEZ Ch., « Rapport français », in *L'ordre public : Journées libanaises 1998*, Travaux de l'association H. CAPITANT, LGDJ, Tome 49, 2001, p. 727, spéc. p. 736.

⁷ SOURIAU-ROTSCHILD M.-A., « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.

public n'a pas disparu de cette branche du droit, et l'argument selon lequel l'ordre public social ne lui appartient pas ne résiste pas non plus à la démonstration.

B. Une appartenance réductrice

La cause est entendue : l'ordre public social serait une technique au service de l'ordre public de protection¹ dont l'objectif est de remédier aux abus flagrants des contrats d'adhésion, parmi lesquels compte le contrat de travail. Il tend à assurer l'équilibre contractuel qui risque d'être rompu au détriment de la partie faible. Par définition, l'ordre public de protection ne joue donc qu'au profit de la partie protégée : il sert à compenser le lien de subordination, à limiter les potentiels abus dans le rapport inégalitaire de travail². Il est le « reflet de la contradiction fondamentale sur laquelle repose le droit du travail »³, ce qui a amené quantité d'auteurs⁴ à affirmer qu'il est inhérent à cette branche du droit.

Rappelons qu'à l'opposé, se trouve l'ordre public dit de direction qui tend à donner une orientation à l'économie. Il serait ainsi plus une technique au service du droit de la concurrence. Il transmet les impulsions que donne l'État lorsqu'il opte pour un système dirigiste, ce qui signifie qu'il tente d'éliminer au sein des contrats les éléments pouvant contrarier les orientations de l'économie nationale. L'exemple le plus souvent cité pour illustrer son existence correspond à la période du dirigisme monétaire, qui consistait à fixer autoritairement les prix et à lutter contre l'inflation. Mais la jurisprudence sociale en a fait aussi son œuvre : par exemple, l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 23 mai 2007 fait référence à l'orientation de l'épargne salariale vers un secteur déterminé de l'économie nationale⁵.

La scission entre ces deux ordres publics économiques paraît limpide. Le dirigisme économique ne va pas de pair avec des aménagements conventionnels. Toutefois, elle est délicate car elle repose à la fois sur leur fonction technique et sur leur fonction historique, voire idéologique, ce qui brouille les frontières⁶. Par conséquent, l'amalgame est rapide : vouloir un contrat équilibré, c'est sans aucun doute protéger le contractant, mais c'est également aboutir à un prix juste dont l'effet économique global ne peut être négligé. Et le

¹ CANUT FL., *op. cit.*, n° 31.

² ROZÉS L., « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311, spéc. p. 326.

³ BONNECHÈRE M., « L'ordre public "au sens du droit du travail" », *JCP* 1974, I, 11604, spéc. n° 33.

⁴ CARBONNIER J., *Droit civil 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, n° 71.

⁵ CANUT FL., obs. sous Cass. Soc., 23 mai 2007, *Dr. ouvrier* 2007, p. 533.

⁶ REVET Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.

droit du travail n'y échappe pas : il n'est pas seulement un droit protecteur des salariés, mais il est aussi un droit qui répond aux nécessités des modes de production des entreprises. Il est même dit qu'il « préserverait d'autant mieux l'existence de l'économie de marché qu'il tend à en éviter les excès »¹, qu'il est « légalisation et normalisation de l'exploitation du travail »².

En conséquence, peut-on soutenir que l'ordre public de protection est dirigiste ? Des auteurs classiques l'ont souligné³. Prenons deux exemples courants pour confirmer ces propos.

En premier lieu, le salaire minimum de croissance⁴ n'est-il pas indissociablement un minimum vital garanti et un instrument de politique économique ? La réponse est affirmative dans la mesure où il assure autant la perception d'un salaire minimum aux salariés qu'il engendre des répercussions sur l'économie nationale grâce à ses relèvements périodiques, telles que la relance par la demande ou le risque d'inflation induite. Il obéit tout à la fois à des considérations particulières et générales, comme le formule expressément l'article L. 3231-2 du Code du travail : « Le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles : 1° La garantie de leur pouvoir d'achat ; 2° Une participation au développement économique de la nation ». En d'autres termes, le salaire minimum de croissance participe non seulement à la survie du travailleur lui-même, mais également à la reproduction de la force de travail.

La même corrélation se retrouve dans le second exemple relatif à la réglementation du temps de travail, qui a pour objectif de garantir la sécurité et la santé des salariés, et dans le même temps permet de constituer la force de travail nécessaire au marché⁵. Si cette seconde illustration de la concordance des deux ordres publics est moins palpable, elle n'en est pas moins insignifiante.

La démonstration conduit à penser que la finalité de l'ordre public de protection est variable : le droit du travail peut protéger comme diriger en fonction de la situation politique, économique et sociale du moment, sans pour autant absoudre la distinction académique. Cette dernière marque une autre altération de la notion de l'ordre public social dans la mesure où la législation travailliste se justifie aussi par l'organisation économique du marché. En effet,

¹ BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171, spéc. p. 174.

² *Ibid.*

³ RIPERT G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Études offertes à Fr. GÉNY*, 1934, Tome II, p. 347 ; CARBONNIER J., *op. cit.*, n° 70.

⁴ Rappelons que les clauses comportant une indexation des salaires sur le salaire minimum interprofessionnel de croissance sont interdites de manière absolue malgré leur caractère favorable, parce qu'elles favoriseraient l'inflation (SAVATIER J., note sous Cass. Soc., 15 février 1984, *Dr. soc.* 1984, p. 692).

⁵ REVET Th., *La force de travail (étude juridique)*, Litec, F.N.D.E., coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Tome 28, 1992.

s'ajoute à la protection proprement dite des salariés la lutte contre le chômage par le biais de la création et du maintien de l'emploi ¹.

Les deux objectifs se superposent et la discussion opposant l'économique et le social est à nouveau récusée ². La relancer serait oublier, selon le Professeur Michèle Bonnechère, qu'au « cœur du système économique se situent les rapports sociaux [...]. Toute priorité économique peut être lue comme un choix social, de même que les "mesures sociales" ont leur signification économique » ³. Dès lors, force est d'admettre que les dissociations ne sont pas nettes : non seulement l'ordre public de direction se mêle à l'ordre public de protection, mais également l'ordre public économique à l'ordre public social.

En outre, le maintien de l'emploi, auquel est sensible la Cour de cassation ⁴, est un objectif qui dépasse les seuls intérêts des parties à la relation de travail. Le droit du travail concerne aujourd'hui des catégories de personnes si étendues, qu'il est permis de rapprocher là encore les éléments d'une dichotomie classique : la conception économique et sociale de l'ordre public n'est pas si éloignée de celle de l'ordre public politique et moral. En principe, la première tend à protéger l'intérêt général ⁵, tandis que le second défend l'intérêt particulier de celui que la loi veut protéger.

L'intérêt n'est alors pas considéré au même degré, ce qui explique la différence de régime applicable, notamment quant à la sanction de leur non-respect. Or, la subdivision académique est devenue inadéquate en droit du travail. En encadrant la situation des salariés dans la sphère de l'entreprise, le droit du travail dépasse cette dernière pour régir la société en son entier. La crise économique accompagnée de ses licenciements massifs que l'État entend maîtriser, atteste de son impact sur la société elle-même.

Par conséquent, il est permis d'affirmer que la conception de l'ordre public en droit du travail est variable : il est à la fois politique, économique, social et propre à la branche travailliste. C'est un véritable « patchwork » ⁶ qui rend inopportunes toutes les distinctions académiques. Il est un et tout. C'est un ordre public singulier et pluriel, c'est-à-dire qu'il est unique au droit du travail et qu'il innerve les divers aspects de l'ordre public en général. Cette approche conduit à se poser la question de savoir si l'ordre public applicable en droit du

¹ LYON-CAEN A., « Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 655.

² Pour une dénonciation déjà ancienne : BARTOLI H., *Economie et création collective*, Economica, 1977.

³ BONNECHÈRE M., *op. cit.*, spéc. p. 187.

⁴ On pense de prime abord au régime des transferts d'entreprise régi par le principe du maintien des contrats de travail (PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 479 et suivantes).

⁵ Ce qui brouille aussi les frontières avec l'ordre public politique.

⁶ GAUDU FR. et VATINET R., *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 11.

travail relève de la technique de l'ordre public général. Il s'agit d'un vieux débat qui n'est toujours pas clos ¹.

Dès 1979, le Professeur Gérard Couturier se demandait si les règles légales qualifiées d'ordre public social constituaient de véritables règles d'ordre public. Selon lui, « elles marquent tout au moins une sensible déformation de la notion d'ordre public » ². Et Patrick Rémy d'ajouter plus récemment qu'« en droit du travail, seules les règles dites "d'ordre public absolu" mériteraient [...] leur appartenance à l'ordre public » ³. Doit-on en déduire que l'ordre public social n'est pas de l'ordre public ? La formule même du Conseil d'État conduit à penser le contraire, car selon lui, « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce Droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits [...] ». Pourtant, c'est précisément cette idée qui est avancée par la doctrine partisane de sa non-appartenance : dans la mesure où la règle qualifiée d'ordre public social permet une amélioration de la situation du salarié, elle ne peut s'assimiler à une règle d'ordre public en général, car celle-ci ne le prévoit pas expressément. Le caractère prétendument progressiste de la norme empêcherait donc sa qualification d'ordre public classique.

Toutefois, il est difficile de soutenir qu'une simple amélioration puisse ôter au dispositif légal son caractère d'ordre public. De quel ordre public s'agirait-il alors ? À notre sens, l'ordre public est inhérent au droit du travail à l'aune de sa fonction essentielle d'origine : limiter les abus inévitablement engendrés par le règne de l'autonomie de la volonté dans un rapport structurellement inégalitaire ⁴. On parle à l'excès d'ordre public social au point de l'assimiler à tout l'ordre public au sens du droit du travail.

L'assimilation est démesurée parce qu'elle laisse penser que toutes les règles sont d'ordre public social et, qu'en conséquence, elles peuvent toujours faire l'objet d'un aménagement favorable au salarié. Il n'en est rien, « la "vérité" se situerait à mi-chemin entre les deux [...], l'ordre public social est, tout à la fois de l'ordre public – en ce qu'il interdit les dérogations défavorables aux salariés –, mais un ordre public singulier, limité, partiel –

¹ REVET Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 44.

² COUTURIER G., « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 95, spéc. p. 114. Plus tard, le même auteur parle de « relativisations déformantes du concept d'ordre public » (*Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, n° 201 et suivants).

Dans le même sens : CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.

³ RÉMY P., note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2000, *JCP G* 2001, II, 10585, spéc. p. 1678.

⁴ OLIVIER J.-M., « Les conflits de sources en droit du travail interne », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 194, spéc. p. 196 ; REVET Th., *op. cit.*, n° 2 ; ROZÈS L., « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311, spéc. p. 326.

puisqu'il admet et, plus encore, peut-être, il encourage les dérogations favorables »¹. Une étude fait même l'aveu du flou terminologique qui l'entoure : le Professeur Gérard Couturier intitule le second développement de son article « la contradiction des termes sur l'ordre public social »². Citons également le Professeur Michèle Bonnechère qui tient à désigner l'ordre public social en précisant entre parenthèse « au sens du droit du travail »³. La précision s'explique pour pallier toute confusion, mais elle laisse perplexe quand on constate que l'auteur affirmait dix ans plus tôt que le droit du travail est « tout entier d'ordre public »⁴ ?

Ne faudrait-il pas alors renommer l'« ordre public social » ? Parce que finalement ce n'est pas l'« ordre public social » qui est spécifique, mais le fait qu'il s'applique à un droit spécifique qui le rend ainsi ; c'est le fait qu'il s'applique au droit du travail qui lui octroie sa spécificité. L'expression est insuffisamment déterminable et, comme on l'a vu, suscite encore trop de controverses pour être maintenue. D'où notre proposition d'employer l'expression d'« ordre public salarial » qui permet de rassembler au mieux toutes les composantes de l'ordre public applicable en droit du travail, sans provoquer de nouvelles confusions : l'adjectif « salarial » correspond naturellement à la relation juridique du travail. Le terme nous semble plus propre à traduire la condition des salariés, qu'il s'agisse des relations individuelles qu'ils entretiennent avec leur employeur ou des relations collectives.

Au lieu de tenter d'introduire de nouvelles distinctions subtiles, nous prenons le parti de comprendre l'ordre public en droit du travail comme un tout, qui innerve tous les aspects de l'ordre public en général. Rappelons que protéger les salariés est avant tout protéger l'entreprise qu'ils composent, et qu'en conséquence, les intérêts que défend l'ordre public en droit du travail transcendent ceux des salariés. Et c'est dans l'optique de transcender la totalité des intérêts en cause dans la relation de travail qu'est suggérée cette nouvelle terminologie. On préconise d'employer l'expression d'« ordre public salarial » en lieu et place de l'expression d'« ordre public social ».

En conclusion, l'ordre public n'a pas été supplanté par l'ordre public propre au droit du travail dont la terminologie est maladroite : si celui-ci tend à protéger le salarié dans son entreprise, il ne doit pas s'assimiler à l'ordre public de protection⁵, ni s'isoler de l'ordre

¹ REVEY Th., *op. cit.*.

² COUTURIER G., « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Éd. Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95, spéc. p. 110.

³ BONNECHÈRE M., « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11, spéc. p. 12.

⁴ Idée soutenue également par le professeur Th. REVEY dans son article intitulé « L'ordre public en droit du travail », *op. cit.*.

⁵ CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007.

public de direction ; s'il permet l'amélioration de la situation des salariés, il ne doit pas s'assimiler à l'ordre public social, ni s'isoler de l'ordre public économique ; s'il permet la défense des intérêts d'une grande partie des sujets de droit, il ne doit pas s'assimiler à l'ordre public classique, ni s'isoler de l'ordre public moderne. Tous coexistent ¹ variablement pour régir la relation de travail.

Si la variabilité de l'ordre public revêt un sens singulier en droit du travail en rétractant le domaine couvert par l'ordre public absolu, force est de constater par ailleurs que le droit du travail s'autoalimente et alimente les matières l'intéressant. À ce propos, le Professeur Marie-Armelle Souriac-Rotschild soutient que la sphère de l'ordre public en droit du travail connaît un mécanisme de « flux et de reflux » ², c'est-à-dire qu'il oscille dans un mouvement perpétuel de balancier au gré des objectifs prioritaires de chaque époque ³. Cette branche du droit est si vivante que non seulement elle se renouvelle dans son propre domaine, mais elle renouvelle également la notion générale de l'ordre public : « le droit du travail joue le rôle d'un laboratoire du changement du droit privé » ⁴, il marque son influence au-delà de son propre champ d'application.

§ 2. Renouveau de l'ordre public

Sans aller jusqu'à dire que l'ordre public « s'abâtardit » ⁵ en droit du travail à la manière du Professeur Rémy Libchaber, il est permis d'affirmer à tout le moins qu'il se renouvelle ⁶. Ce constat s'observe sous deux angles : non seulement les piliers de l'ordre public classique se renforcent, mais encore ils se généralisent également à d'autres valeurs individuelles et collectives qu'ils ne connaissaient pas. Par souci de commodité, abordons le renouvellement de chacun de ces piliers successivement : la défense de l'État (A), de la morale (B) et de la famille (C).

¹ GAUDU FR., « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p. 363, spéc. p. 365.

² Déjà en 1909, le Professeur René Japiot constate, à propos du régime des nullités, que « le mouvement des idées communique à la notion d'ordre public comme un mouvement perpétuel de flux et reflux, en vertu duquel tantôt elle recouvre et absorbe les nullités, tantôt elle s'en retire et les abandonne » (JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une nouvelle théorie*, LGDJ, 1909, spéc. p. 316).

³ SOURIAU-ROTSCHILD M.-A., « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.

⁴ GAUDU FR. et VATINET R., *Traité des contrats, Les contrats de travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 5.

⁵ LIBCHABER R., « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792.

⁶ Nous n'utiliserons pas ici le terme de « renouveau » parce qu'il suppose davantage la renaissance que le reflux subi par l'ordre public.

A. La défense de l'État

L'ordre public assure la défense de l'État grâce à quelques règles que l'on ose qualifier d'éparges, compte tenu du désaccord patent de la doctrine sur ses limites exactes. Il s'agit *a priori* de règles légales ou réglementaires qui formulent des interdictions, au nom de la préservation de certaines valeurs proches de la définition même de l'ordre public¹. S'ajoutent à ces règles prohibitives, d'autres normes dites prescriptives, c'est-à-dire qu'elles n'interdisent plus mais imposent. On peut estimer que fait ainsi partie des devoirs de l'État le respect du droit processuel applicable en droit du travail au nom d'une bonne administration de la justice.

Sans procéder à un inventaire fastidieux de cette matière, il s'agit par exemple de la composition de la juridiction prud'homale ou du contentieux électoral. D'ailleurs, une affaire attire l'attention quant à ce dernier exemple : l'arrêt dit « Front National » rendu par la Chambre mixte le 10 avril 1998 à propos des critères de représentativité syndicale². À l'époque, il est exigé à l'ancien article L. 133-2 du Code du travail que les organisations syndicales aient un comportement similaire à « l'attitude patriotique pendant l'occupation ». C'est précisément ce critère sur lequel s'appuie la Cour de cassation, pour déduire qu'un syndicat « ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ». Elle considère en l'espèce que le syndicat Front National de la Police, se prévalant d'une idéologie d'exclusion dans le milieu du travail et, en prônant la discrimination dans l'embauche ou le maintien des emplois en fonction de critères fondés sur la nationalité ou l'origine, n'a pas sa place dans le mouvement syndical français³. Son idéologie politique est en effet incompatible avec celle d'une certaine éthique syndicale dans la tradition française.

La solution apportée par la Chambre mixte est alors sans ambiguïté, et l'on ne conçoit guère que la question soit renouvelée, d'autant que le critère d'« attitude patriotique pendant l'occupation » est dorénavant perçu comme obsolète ; il « n'a plus qu'une signification historique » dans la mesure où il était destiné à ne pas autoriser le retour d'organisations qui avaient prospéré sous le régime de l'État français, voire qui avaient participé à la collaboration⁴. Pourtant, le législateur a eu à cœur dans la loi du 20 août 2008 de marquer à

¹ HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. Civ.* 2004, p. 10, n° 36.

² Cass. mixte, 10 avril 1998, *D.* 1998, p. 389, note A. JEAMMAUD.

³ Rapport du conseiller J. MERLIN, « Liberté syndicale et spécialité syndicale (À propos des syndicats Front National Pénitentiaire et Front National de la Police) », *Dr. soc.* 1998, p. 565, spéc. p. 575.

⁴ GAURIAU B., *J. Cl. Travail Traité*, 2009, Fascicule 12-20 : « Syndicats professionnels – moyens d'action ».

nouveau son attachement au « respect des valeurs républicaines »¹. Les travaux préparatoires de la loi indiquent à ce titre que le respect de ce critère de représentativité syndicale s'entend « comme le respect de l'ensemble de ce qui est contenu dans le bloc constitutionnel, en particulier, la Déclaration des Droits de l'Homme »².

Le contrôle de l'application de la règle ne se fait pas attendre, puisqu'à peine entrée en vigueur, elle est sujette à un litige à propos de la désignation du représentant de la section syndicale : le Tribunal de grande instance de Lille, dans un jugement en date du 21 janvier 2009³, vérifie la définition des objectifs mentionnés dans les statuts du syndicat SUD Banque. Pour ce faire, il cite expressément la Position commune du 9 avril 2008 selon laquelle « le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance »⁴. La citation est surprenante, mais relève juste *a priori* de la volonté d'assurer le respect de ces droits.

Si cette exigence est aujourd'hui considérée davantage comme « une qualité attendue de tout syndicat professionnel [qu'un] critère proprement dit de représentativité »⁵, elle conserve une autorité quant à l'appréciation de l'objet syndical. La lecture combinée des articles L. 2131-1 et L. 2142-1 du Code du travail nous conduit à en déduire l'appréciation large⁶ : l'activité des syndicats n'est ni exclusive, ni circonscrite à l'espace professionnel au sens de la loi du 21 mars 1884⁷. Cette illustration nous permet donc de constater que la défense de l'État n'est pas une vertu qui tend à disparaître, mais une vertu qui se renouvelle au fil des réformes.

D'autres garanties à forte connotation idéologique, pour lesquelles la généralisation est nouvelle, doivent être mentionnées. On songe notamment à la santé au travail dont le régime juridique a d'abord été esquissé à l'échelle communautaire, pour s'inscrire ensuite au cœur des préoccupations des entreprises françaises.

¹ Article L. 2142-1 du Code du travail.

² PAGNERRE Y., « Le respect des valeurs républicaines ou "l'éthique syndicale" », *JCP S* 2009, 1050.

³ TGI Lille, 21 janvier 2009, *JCP S* 2009, 1165, note D. GUILLOUET.

⁴ GAURIAU B., « La Position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, Act. 197 ; BORENFREUND G., « Regards sur la Position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p. 360.

⁵ GUILLOUET D., note sous TGI Lille, 21 janvier 2009, *JCP S* 2009, 1165.

⁶ Dans le même ordre d'idée, il est permis de s'interroger sur l'appréciation variable des revendications professionnelles constitutives d'une grève. Les tensions sociales sont parfois telles qu'un auteur préconise un rôle actif du Ministère public (HENRIOT P., « Pour un Ministère public actif dans la construction de la jurisprudence sociale », *Dr. ouvrier* 2010, p. 87).

⁷ Cf. PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, p. 565, spéc. p. 571.

En effet, dans un premier temps, les règles visaient surtout à permettre le renouvellement de la force de travail et à répondre aux impératifs de santé publique. Elles apparaissent encore par exemple en matière de travail de nuit, de durée du travail ou de repos hebdomadaire¹. Il est à noter que leur méconnaissance peut exposer à des peines contraventionnelles ou correctionnelles, telles que les infractions aux règles de santé et de sécurité prévues aux articles L. 4741-1 et suivants du Code du travail. D'ailleurs, nul doute que la répression pénale soit une attribution de l'État.

Dans un second temps, la vision du travailleur s'est transformée : il est désormais considéré comme une personne humaine dans sa globalité, et non plus comme une simple force physique de travail. Et c'est dans cet esprit rénové du concept de santé publique qu'est envisagé ce que l'on appelle le « bien-être » des salariés, c'est-à-dire leur aptitude à construire un équilibre physique, mental et social dans le cadre du travail². Il ne suffit plus de démontrer l'absence de maux et de pathologies comme le stress, les harcèlements professionnels, les dépressions et les suicides ; l'employeur est incité à adopter une démarche dynamique de prévention³.

Les études ne manquent pas pour expliquer le passage de l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés⁴, passage qui a permis la reconnaissance progressive d'un droit au « bien-être »⁵. Il convient désormais d'espérer que le renouvellement dont a fait preuve ce pilier de l'ordre public soit aussi perceptible pour les autres, notamment pour la défense de la morale.

B. La défense de la morale

Toute société connaît une organisation qui repose sur un ordre de valeurs morales tendant à garantir l'harmonie sociale. Mais cet ordre a des contours très incertains en raison de son appréciation essentiellement subjective ; sa fonction consiste à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres,

¹ Cf. dossier spécial relatif au temps de travail, *Dr. soc.* avril 2010.

² BABIN M., « Les perspectives de la médecine du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 653.

³ Cf. VERKINDT P.-Y., « La santé au travail, Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvrier* 2003, p. 82.

⁴ Par exemple : BOURGEOT S. et BLATMAN M., « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006, p. 653 ; PLATEL B. et COURSIER Ph., « Avant-propos : vers un véritable droit des risques professionnels ? », *JCP S* 2010, 1156.

⁵ HÉAS Fr., « Le bien-être au travail », *JCP S* 2010, 1284.

leur liberté et leur moralité. Cette conception dite empirique s'oppose à celle qualifiée d'idéaliste, qui s'apparente à une sorte d'éthique supérieure, naturelle ou divine¹.

L'une comme l'autre reflètent partiellement la consistance des mœurs que la société compte maintenir au nom de l'ordre social. Dès lors, afin d'octroyer une certaine objectivité à l'appréciation de la morale, il a été suggéré que le juge se réfère à une pratique générale suivie et constatée sous forme d'enquêtes sociologiques de comportement². Cependant, le résultat de celles-ci risquait de ne procurer qu'un état ponctuel des mœurs, rendu par voie de conséquence rapidement obsolète, c'est pourquoi la suggestion n'a pas été retenue : les juridictions demeurent libres d'apprécier les bonnes mœurs tenues pour telles par la population. Force est de reconnaître que cette position n'élide pas plus la variabilité des solutions, qui est en partie nécessaire à l'organisation de la société, notamment face au développement technologique.

À cet effet, le législateur multiplie les règles impératives qui tendent à assurer le respect de valeurs morales en interdisant, au nom de l'ordre public, les conventions qui pourraient altérer les droits et libertés des salariés. La référence au respect des mœurs est expresse dans le Code du travail, mais non exclusive. On pense particulièrement à l'article L. 1132-1 du Code du travail qui énumère pêle-mêle les droits et libertés auxquels peuvent prétendre les salariés, et à partir duquel la Chambre sociale a largement fait évoluer ses positions. Par exemple, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de son orientation sexuelle, en l'occurrence au motif que le salarié est un sacristain homosexuel³ ; ou au motif qu'il consulte une revue échangiste sur son lieu de travail⁴. C'est donc à travers l'œuvre commune de textes législatifs et d'arrêts de la Cour de cassation que se voit renouveler la défense des valeurs morales de la société.

Nous pourrions y associer les valeurs religieuses dont la montée du fondamentalisme ou de l'intégrisme affecte peu ou prou le principe de laïcité sur le lieu de travail. L'arrêt rendu par la Chambre sociale le 24 mars 1998⁵ en est une parfaite illustration : en l'espèce, un salarié s'est aperçu après plusieurs années que son emploi l'amenait à toucher de la viande de porc, alors que sa religion musulmane le lui interdisait. C'est alors en cherchant à définir une norme que la Cour de cassation a proclamé que « l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié » sauf clause spéciale. Les convictions religieuses restant hors du contrat de travail du salarié concerné, la Chambre sociale a toutefois décidé

¹ HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. Civ.* 2004, p. 30, n° 172.

² GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 106, n° 125.

³ Cass. Soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991, II, 21724, note A. SÉRIAUX, *Dr. soc.* 1991, p. 485, obs. J. SAVATIER.

⁴ Cass. mixte, 18 mai 2007, *Bull. civ.*, n° 3.

⁵ Cass. Soc., 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER.

que l'employeur ne commettait pas de faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il avait été embauché.

Et c'est également sur le fondement de simples principes qu'ont émergé divers droits et libertés. Il suffit de mentionner l'adage « à travail égal, salaire égal » pour que s'expose toute l'évolution de la notion d'égalité de traitement : « tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de la rémunération entre les hommes et les femmes »¹ au risque de faire l'objet de sanctions pénales énoncées aux articles L. 3222-1 et suivants du Code du travail. Cette évolution est sans conteste consécutive à l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Ajoutons pour preuve de l'influence des sources externes, du droit communautaire cette fois, le titre troisième du nouveau Code du travail, intitulé « discriminations », qui projette de manière flagrante la nouvelle conception de l'égalité entre les salariés applicable en droit interne : l'article premier de la loi du 27 mai 2008² définit les comportements sanctionnés que la jurisprudence n'hésite d'ailleurs pas à étendre. Ainsi, la protection est due au salarié qui dénonce ou témoigne de bonne foi, même s'il se trompe sur le caractère discriminatoire de l'acte en question³.

Cependant, la réalisation de l'égalité entre les salariés se heurte encore à de nombreux obstacles socio-culturels au premier desquels se placent les préjugés sexuels à en croire les propos de Michel Miné dans son article relatifs aux nouveaux apports du droit communautaire pour l'égalité de traitement⁴. Ceci explique certainement le manque d'ambition du législateur dénoncé par une partie de la doctrine⁵. Les juristes sont alors incités à faire preuve d'« imagination créatrice »⁶ pour assurer de façon certaine la défense de la morale, ce qui laisse présager de nouvelles garanties. Ces dernières semblent se faire attendre, contrairement à celles assurant la défense de la famille du salarié qui ont déjà franchi un cap grâce à l'attraction de la notion de vie privée.

¹ Article L. 3221-1 du Code du travail.

² Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JO* 28 mai 2008, p. 8801.

³ Cass. Soc., 10 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 66.

⁴ MINÉ M., « Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail », *Dr. ouvrier* 2004, p. 352.

⁵ Notamment : PÉRU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S* 2008, 1314.

⁶ LYON-CAEN G., « Plaidoyer pour le droit et les juristes », in *Convergences, Études offertes à M. DAVID*, Calligrammes, 1991, p. 297.

C. La défense de la famille

Les règles assurant la défense de la famille des salariés ont ravivé avec éclat la conception classique que l'on se fait de l'ordre public en droit du travail. En effet, la matière travailliste a rapidement pris en compte la situation familiale du salarié, même si elle le fait parfois de manière ambiguë à travers les notions de vie privée et de vie personnelle¹.

En principe, il est interdit à l'employeur d'interférer dans la « situation de famille » du salarié en application des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1142-1 du Code du travail. Spécialement, c'est sur la « vie personnelle et familiale » que la Cour de cassation se fonde pour exiger, lorsqu'une atteinte lui est portée par la mise en œuvre d'une clause de mobilité, qu'une telle atteinte soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché².

D'autres règles éparses révèlent également la prise en compte de données familiales, tel que l'octroi de divers congés liés à la grossesse, à la maternité ou paternité, à l'éducation des enfants, aux événements familiaux, ou encore à la solidarité familiale. Ces quelques illustrations législatives et jurisprudentielles conduisent à démontrer l'effort de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle.

L'actualité juridique foisonne d'exemples illustrant les rapprochements de la sphère professionnelle et de la sphère familiale, si bien qu'un auteur enseigne qu'un contrat de travail à dimension familiale émerge³. Selon Kiteri Garcia, l'ouverture du droit du travail à la famille ne se cantonne pas à la seule prise en compte des situations familiales ; c'est le contrat de travail lui-même qui diffuserait parfois un contexte familial. La famille devient « un élément intégré à la relation de travail »⁴. Il est vrai qu'en pratique, un certain paternalisme patronal reste prégnant dans les grandes entreprises qui créent des institutions en faveur de la mère de famille, de la petite enfance, du logement familial, des loisirs, des systèmes de prévoyance, etc.

Et comment ignorer l'essor de la notion d'« obligations familiales impérieuses » ? Légalement consacrée pour la première fois à l'article L. 3123-24 du Code du travail issu de

¹ Au fur et à mesure que le salarié acquiert une autonomie dans son travail, la doctrine esquisse un régime des ses temps de travail à partir de l'emploi variable des expressions suivantes : « *vie privée* » (LEPAGE A., « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 364), « *vie extraprofessionnelle* » (DESPAX M., « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963, I, 1776), « *vie personnelle* » (LYON-CAEN A. et VACARIE I., « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 421).

² Cass. Soc., 14 octobre 2008, *Bull. civ.* V, n° 192 ; 13 janvier 2009, *Bull. civ.* V, n°4.

³ GARCIA K., « Le droit du travail et la famille », *Dr. soc.* 2009, p. 12

⁴ GARDIA A., « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles », *Dr. soc.* 2002, p. 854.

la loi du 19 janvier 2000¹ à propos du travail à temps partiel, puis aux articles L. 3122-44 et L. 3122-37 issus de la loi du 9 mai 2001² à propos cette fois du travail de nuit, la notion d'obligations familiales impérieuses demeure cependant bien floue³. Elle ne présente même qu'un intérêt limité jusqu'à ce que la Cour de cassation l'utilise expressément comme limite au pouvoir patronal⁴. Tout d'abord fruit d'un tâtonnement jurisprudentiel au cours duquel la Chambre sociale use de terminologies variées⁵, l'adoption de la notion fut ensuite explicite, et ce en dehors même des cas légaux.

Sur ce point, un arrêt de principe en date du 23 février 2005 a énoncé que le refus du salarié d'un changement de ses conditions de travail ne s'assimile plus automatiquement à une faute grave, en l'occurrence lorsque celle-ci est excusée par des considérations familiales. En ce sens, les obligations familiales impérieuses sont considérées comme une excuse écartant la faute grave, alors que celle-ci était naguère la sanction de principe. L'affaire est ainsi l'illustration flagrante de l'essor croissant de l'aspect familial de l'ordre public en droit du travail, comme l'ont été dans les développements précédents les exemples législatifs et jurisprudentiels du renouvellement de son aspect étatique et moral.

Le droit du travail a donc la capacité à faire varier l'interprétation de ses propres règles impératives et à faire varier corrélativement les règles dites d'ordre public général. En d'autres termes, les droits et libertés du salarié se sont affermis et se renouvellent sans cesse, et il n'y a qu'un pas à franchir pour affirmer que le droit du travail oriente la perception des droits fondamentaux. Dans son rôle moderne, l'ordre public connaît une extension notable, mais dont on ne sait plus guère si elle va continuer longtemps ou si, au contraire, on va assister à une nouvelle phase de reflux.

Exposée en filigrane à travers les mouvements subis par l'ordre public, la variabilité de l'effet impératif ne fait plus aucun doute. Toutefois, la réflexion se prolonge : est-elle réservée aux règles étatiques ? La réponse dépend de la conception que l'on retient de l'effet

¹ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JO* 20 janvier 2000, p. 766.

² Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, *JCP E* 2002, p. 1, chron. B. TEYSSIÉ.

³ Les formules utilisées par le législateur sont parfois très équivoques. Qu'entend-on par exemple par l'expression de « *besoins de la vie familiale* » mentionnée à l'article L. 3123-7 du Code du travail ou celle de « *responsabilités familiales* » citée à l'article L. 3122-40 du même Code ?

⁴ GABA H. K., « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », *RJS* 01/09, p. 3.

⁵ Par exemple, la Cour de cassation retient l'expression de « *situation familiale critique* » d'un salarié empêché « *de laisser seule sa femme enceinte de sept mois* », afin de déclarer abusif l'usage de la clause de mobilité inséré à son contrat de travail (Cass. Soc., 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *Dr. soc.* 1999, p. 734, obs. B. GAURIAU).

impératif : marque-t-il exclusivement la volonté du législateur ou s'étend-il à celles des signataires ? À retenir la première conception, les partenaires sociaux ne peuvent en aucun cas s'affranchir des règles dites impératives. Parce que l'effet impératif est une règle d'ordre public, les partenaires sociaux ne peuvent en disposer. Dans la seconde, les signataires sont libres d'en déterminer le contenu et la force juridique¹. Ils sont libres de disposer de l'effet impératif. C'est vers cette conception qu'il convient désormais de se tourner.

¹ TISSANDIER H., « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045, spéc. p. 1047.

SECTION 2

L'IMPÉRATIVITÉ CONVENTIONNELLE

Très tôt, la doctrine s'interrogea sur la portée de l'effet impératif des conventions et accords collectifs. Une réponse définitive a été formulée en 1989 par le Professeur Yves Chalaron : « Aucune convention ne saurait avoir à l'égard d'aucune autre une supériorité intrinsèque analogue à l'ordre public de la loi ¹. Dans le même sens, Vincent Bonnin ajoute quelques années plus tard qu'« une règle de droit, légale ou réglementaire, peut être d'ordre public ², pas un acte de droit privé. Or, c'est ce que demeure une convention collective, malgré l'extension dont elle fait parfois l'objet » ³. Autrement dit, quel qu'en soit le niveau, les conventions collectives appartiennent « au même type de normes juridiques » ⁴ ; elles « sont, en leur teneur, juridiquement égales, en raison de l'autonomie contractuelle de tous les agents de la négociation » ⁵. À raisonner ainsi, toute idée de hiérarchie entre les accords collectifs est exclue.

Certes, la nature hybride des conventions collectives peut faire douter de leur impérativité, ce fut le cas un temps, mais c'est sans compter sur l'évolution législative et jurisprudentielle dont elles ont fait l'objet.

Le premier argument tenant à l'articulation chronologique obligatoire ⁶ effectuée par la loi du 11 février 1950, qui est à l'origine de cette mise en doute, ne tient plus. On considère en

¹ Cette réponse est à nuancer selon le sens que l'auteur attribue à la notion de hiérarchie. Dans l'absolu, selon lui, elle implique que toute « *convention de niveau le plus général s'impose par elle-même et exclut la convention particulière non-conforme qui, en cela, serait entachée d'un vice ; plus encore si celle-ci pouvait être abrogée par celle-là* » (CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243, spéc. p. 250).

² Rappelons qu'on a pris le parti d'assimiler l'effet impératif et l'ordre public.

³ BONNIN V., *Les rapports du contrat de travail et de la convention collective*, Thèse dactylo., Bordeaux I, 1993, p. 365.

⁴ L'auteur soutient que la hiérarchie existe là où le droit positif l'établit, et qu'en conséquence, l'expression « *conventions collectives de niveaux différents* » correspond uniquement au champ d'application territorial ou professionnel plus ou moins étendu ou restreint (ALIPRANTIS N., « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RID comp.* 1987, p. 7, spéc. p. 10).

⁵ CHALARON Y.,

⁶ En application de la loi du 23 décembre 1946, les conventions collectives nationales devaient obligatoirement être conclues avant que soient négociées les conventions collectives de niveau inférieur (JAUSSAUD R., « Les difficultés d'application de la loi du 23 décembre 1946 sur les conventions collectives du travail », *Dr. soc.* 1949, p. 93).

effet que l'abandon de cette articulation n'a pas écarté le principe hiérarchique en lui-même ; bien au contraire, celui-ci acquiert une « assise juridique plus ferme »¹. Aucune raison logique n'est de nature à écarter ce principe inscrit de manière implicite dans l'ordre juridique : les accords sont naturellement disposés à se hiérarchiser afin de maintenir une certaine cohésion de la négociation au sein de la collectivité professionnelle, voire interprofessionnelle. C'est en quelque sorte la volonté collective qui crée variablement un rapport hiérarchique entre les accords collectifs en déterminant leurs conditions d'applicabilité.

Force est de constater ensuite que la jurisprudence accrédite cette opinion. Pour preuve, la décision explicite du Tribunal de grande instance de Paris rendu le 14 mai 2002 : en « prévoyant que certaines de ses clauses ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions différentes résultant d'un accord d'entreprise ou d'établissement, l'avenant méconnaît l'article L. 132-23 susvisé, ainsi que le principe d'ordre public, de l'effet impératif des conventions collectives consacré par l'article L. 135-2 du Code du travail »². Cette solution connaît depuis lors une réponse légale avec la réforme du 4 mai 2004³.

De ces deux illustrations, l'une originelle, l'autre plus contemporaine, nul ne peut méconnaître l'effet impératif des conventions et accords collectifs. Il s'agira dans un premier temps d'en déterminer le régime juridique au fil des réformes (§ 1). Par ailleurs, nous entendons l'impérativité conventionnelle au sens large, raison pour laquelle nous aborderons dans un second temps les rapports entre la convention collective et le contrat de travail (§ 2).

§ 1. L'impérativité entre les conventions et accords collectifs

Dans deux hypothèses légales, les accords collectifs se voient attribuer le caractère impératif les uns à l'égard des autres : soit le législateur interdit aux partenaires sociaux de déroger aux règles conventionnelles qu'il qualifie d'ordre public (A), soit il les autorise à interdire d'y déroger (B).

¹ DESPAX M., *Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail*, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, p. 261.

² TGI Paris, 14 mai 2002, *SSL* 15/07/02, p. 5. Dans le même sens à propos d'un accord collectif portant réduction du temps de travail en vertu de la loi Aubry I du 13 juin 1998 : Cass. Soc., 26 février 2003, *RJS* 4/03, n° 469.

³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

A. L'impérativité déterminée par le législateur

Le législateur détermine une série de trois hypothèses dans lesquelles il est impossible pour les partenaires sociaux de déroger. Il s'agit des hypothèses liées respectivement aux matières traitées par les accords collectifs, à leur date de conclusion et à leur nature.

Tout d'abord, l'article L. 2253-3 du Code du travail formule expressément les matières correspondant à un noyau dur indérogeable des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels : « en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale et de mutualisation des fonds [de la formation professionnelle], la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ». Cette disposition est sans ambiguïté quant à la supériorité des conventions de branche sur les accords d'entreprise. Même si l'article suivant laisse la possibilité de prévoir des modalités particulières d'application « [...] ne remet pas en cause l'égalité des entreprises devant les majorations de salaires décidées par la branche »¹, le rapport hiérarchique entre ces deux sources conventionnelles est indéniable. La convention de branche conserve son effet impératif en présence d'un accord d'entreprise, car elle est conçue comme le seul niveau apte à harmoniser le statut des salariés et à lisser les conditions de concurrence entre les entreprises de même secteur d'activité.

Ensuite, l'impérativité se manifeste lors de l'application des conventions collectives dans le temps. Aux termes de l'article 45 (non codifié) de la loi du 4 mai 2004, « la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs »². Cela signifie que les conventions de branche ou interprofessionnelles conclues avant le 6 mai 2004 s'imposent jusqu'à ce qu'intervienne leur terme, leur révision ou leur dénonciation³ ; et, *a contrario*, que le législateur garantit que les nouvelles dispositions n'auront pas de portée rétroactive. Cette « immunité de dérogation » aurait été motivée politiquement par la « crainte d'une remise en cause des accords de branche relatifs à la réduction du temps de travail [...

¹ VACHET G., « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896.

² Relevons que cette disposition parle précisément d'une « valeur hiérarchique » : est-ce un abus de langage du législateur ? Une partie de la doctrine y voit une réalité dans l'articulation des conventions et accords collectifs (Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983).

³ La caducité consécutive à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi n'y changera rien (Cf. FILLON FR., *J.O. Déb. Ass. nat.*, 1^{ère} séance du 17 décembre 2003, p. 12530).

qui] aurait pu susciter une polémique préjudiciable à la réforme du dialogue social »¹. Ainsi les accords de branche sont dotés d'un certain « impérialisme »² au sens d'un législateur sectoriel, comme le suggère également la troisième hypothèse.

Enfin, le dernier domaine indérogable relève de la nature propre des accords de groupe. Ceux-ci ne peuvent « comporter des dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels »³. Autrement dit, ce n'est qu'avec l'autorisation de ces derniers qu'un accord de groupe peut s'imposer. Dans tous les autres cas, la branche demeure supérieure. Notons d'ailleurs que l'article L. 2232-33 du Code du travail affirme que l'accord de groupe « emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise ». En conséquence, il est permis de déduire que la branche demeure supérieure aux accords de groupe à l'instar des accords d'entreprise. Cette « loi professionnelle » est perçue comme une règle impérative par rapport aux autres niveaux.

De ces trois domaines indérogables déterminés par le législateur de manière assez précise, il est permis de conclure à l'existence persistante de l'effet impératif attaché aux accords collectifs, et en particulier à la convention de branche. Se compose ainsi une sorte d'« ordre public de branche »⁴. Il en est de même lorsque le législateur autorise les partenaires sociaux à interdire d'y déroger, même si ceux-ci usent variablement de ce pouvoir.

B. L'impérativité déterminée par les partenaires sociaux

Par impérativité déterminée par les partenaires sociaux, on entend principalement la conclusion de clauses d'interdiction de déroger que le législateur autorise dans trois cas. Ce sont les exceptions légales qui permettent aux négociateurs de fixer l'étendue des dérogations ouvertes⁵. Aux yeux des organisations syndicales, ces clauses constituent de véritables « règlements de la profession »⁶.

¹ MORVAN P., « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p. 679, spéc. p. 682.

² *Ibid.*

³ Article L. 2232-35 du Code du travail.

⁴ COEURET A., GAURIAU B. et MINÉ M., *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009.

⁵ KERBOUC'H J.-Y., « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 1998, p. 834.

⁶ CHAUCHARD J.-P., *La conception française de la négociation et de la convention collectives de travail*, Thèse dactylo., Paris I, 1983.

En premier lieu, l'article L. 2252-1 du Code du travail dispose qu'« une convention de branche ou un accord professionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu de la convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie ». Concrètement, il semble suffire aux négociateurs d'interdire les dérogations sans autre précision.

En deuxième lieu, dans les matières autres que celles dites impératives selon le premier alinéa de l'article L. 2253-3 du Code du travail, il est dit que « la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement » aux termes de son second alinéa. Dans ces deux premières hypothèses, il appartient donc aux signataires de déterminer, clause par clause, la portée de l'accord par rapport aux autres de niveau inférieur.

Et en dernier lieu, le législateur ajoute d'une façon plus précise à l'article L. 2253-4 du Code du travail que « d'une part, l'augmentation de la masse salariale totale doit être au moins égale à l'augmentation qui résulterait de l'application des majorations accordées par les conventions [de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels] pour les salariés concernés, d'autre part, les salaires minima hiérarchiques doivent être respectés ». Cette fois, une certaine égalité se dessine entre les accords collectifs, à moins qu'il n'en soit prévu autrement. Mais l'application de ces dispositions pose certaines difficultés, selon la doctrine, portant sur un conflit de jurisprudence. Il est question de « savoir si un accord d'entreprise [peut] déroger *ex ante* à une convention de champ plus large conclue postérieurement et n'interdisant pas la dérogation, ou bien si en tout état de cause les parties à l'accord d'entreprise doivent adapter leur accord »¹. La réponse n'est pas certaine, et la seconde composante de l'alternative rend les dispositions « potentiellement incompatibles » selon les termes du Professeur Jean-Yves Kerbouc'h².

D'une manière générale, les clauses d'interdiction de déroger, autrement dénommées clauses de verrouillage ou de glaciation, ont tout de même atteint le résultat escompté : le bilan des quatre années d'application de la loi du 4 mai 2004³, rendu par le Ministère du travail le 17 janvier 2008 révèle que « 80 % des accords de branche conclus comportent une

¹ KERBOUC'H J.-Y., *op. cit.*, spéc. p. 838.

² KERBOUC'H J.-Y., *op. cit.*.

³ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

telle clause d'impérativité¹ et que les accords d'entreprise dérogeant à une convention de branche sont rarissimes »². En effet, dès l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, il a été constaté que les partenaires sociaux ont marqué leur « volonté de placer en tête du document conventionnel un article premier interdisant toute dérogation aux articles suivants... »³. L'effet impératif n'est ici pas négligeable.

Par ailleurs, soulignons la question de l'incorporation d'office des accords professionnels à la convention de branche qui figurait à l'ancien article L. 132-11 du Code du travail. Cette obligation a été supprimée par l'article 39 de la loi du 4 mai 2004. Il revient désormais aux négociateurs des accords professionnels de décider eux-mêmes de l'opportunité d'incorporer ou non dans la convention collective de la branche, l'accord qu'ils envisagent de conclure. Là encore, c'est aux partenaires sociaux qu'il appartient de déterminer l'impérativité conventionnelle. Cette liberté sous-tend alors la variabilité des solutions.

À l'issue de ces développements prouvant l'existence d'un effet impératif entre les conventions et accords collectifs, en particulier celui de l'accord de branche, le temps est désormais venu de considérer cette même existence à l'égard du contrat de travail.

§ 2 L'impérativité des conventions collectives à l'égard du contrat de travail

La question de la capacité de l'accord collectif à rendre impératives ses stipulations à l'égard du contrat individuel de travail a fait l'objet d'un débat doctrinal intense⁴. À l'origine, l'interrogation présente peu d'intérêt compte tenu de l'évolution de la négociation collective vers un constant progrès social. Par hypothèse, l'accord collectif se présente uniquement comme le moyen d'améliorer le statut social des travailleurs par rapport à la norme légale ou réglementaire. Mais aujourd'hui dans un contexte de concurrence internationale, la remise en cause des avantages nés du statut collectif est renouvelée sous couvert d'une recherche de compétitivité des entreprises. La portée de savoir si les partenaires sociaux peuvent limiter, voire interdire, la possibilité d'aménager les dispositions conventionnelles par le biais du contrat de travail provoque un nouvel engouement doctrinal.

¹ Même si la pratique a été censurée par le Conseil constitutionnel en matière de temps de travail.

² BÉLIER G. et LEGRAND H.-J., *La négociation collective après la loi du 20 août 2008. Nouveaux acteurs. Nouveaux accords*, Éditions Liaisons, coll. « Droit vivant », 2009, n° 450.

³ MORVAN P., *op. cit.*

⁴ Cf. DESPAX M., *Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail*, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, p. 106 et suivantes.

Dès 1956, les Professeurs Paul Durand et André Vitu l'admettent sans restriction au motif que les partenaires sociaux peuvent « imprimer une rigueur plus ou moins grande aux règles de la convention collective [...] en vertu de leur liberté naturelle »¹. Ils ont la capacité à faire varier la force juridique des accords collectifs à l'égard du contrat de travail. Or, en principe, il existe une distance entre le contrat de travail et la convention collective. On parle d'autonomie du statut collectif par rapport au contrat de travail². C'est en cela que les conventions et accords collectifs sont dits constitués un « statut collectif » par opposition aux règles individuelles créées par le contrat de travail. Par hypothèse, les normes collectives peuvent régler des aspects du contrat de travail comme ses modalités d'exécution ou les suites de sa rupture. Elles peuvent encore encadrer les règles contractuelles comme le fait de limiter la durée de la période d'essai, ou imposer des obligations. Dans cette dernière hypothèse, on songe à l'obligation de non-concurrence imposée après la cessation du contrat.

Toutefois, bien que l'application des normes ait un effet impératif et automatique, il est dit que les dispositions conventionnelles ne se substituent pas aux clauses contractuelles moins favorables. Une telle interprétation de l'article L. 2254-1 du Code du travail est de jurisprudence constante. L'accord collectif « s'applique à la manière d'une loi ("loi de la profession" ou "loi de l'entreprise") aux rapports situés dans leur champ de validité »³. Il est dit qu'il ne s'incorpore pas aux contrats de travail, c'est-à-dire qu'il ne fournit pas la teneur des stipulations contractuelles. L'accord collectif régit le contrat, il ne le garnit pas⁴. Ainsi, lorsque la convention collective cesse d'être valide par la survenance du terme ou la dénonciation, les salariés ne peuvent prétendre à la modification de leur contrat de travail⁵. La dénonciation ou la révision d'un accord collectif n'ont donc aucune incidence en principe sur le contrat de travail. Rappelons enfin qu'une convention collective ne saurait être opposée à un salarié si celui-ci n'a pas été, au moment de son engagement, informé de son existence et mis en mesure d'en prendre connaissance conformément à l'article L. 2262-5 du Code du travail⁶. Si cette condition est satisfaite, l'opposabilité de la disposition conventionnelle ne requiert pas qu'elle ait été mentionnée dans le contrat intéressé⁷.

¹ DURAND P. et VITU A., *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956, n° 208.

² WAQUET Ph., « Contrat de travail et statut collectif », *RJS* 1994, p. 399 ; BORENFREUND G., « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouvrier* 1997, p. 514.

³ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 76.

⁴ PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E. (dir.), *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, p. 750.

⁵ Cass. Soc., 17 mars 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 464.

⁶ Cass. Soc., 29 mars 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 454, rapp. J.-M. DESJARDINS, *D.* 1996, p. 127, note G. PIGNARRE.

⁷ Cass. Soc., 8 janvier 1997, *D.* 1997, p. 332, note M. CRIONNET, *Dr. soc.* 1997, p. 323, obs. G. COUTURIER.

Au demeurant, il est permis de constater que non seulement les stipulations conventionnelles sont énoncées selon une procédure définie par la loi, mais en plus, elles le sont en vertu d'une délégation de celle-ci. Et c'est à partir d'un tel constat que l'on considère que les clauses contractuelles sont *ipso jure* remplacées, en cas de non-conformité, par les règles correspondantes de la convention collective ; que ces dernières s'appliquent immédiatement aux contrats conclus postérieurement à leur entrée en vigueur ainsi qu'à tous les contrats en cours d'exécution. Il s'agit respectivement des principes de l'effet automatique et de l'effet immédiat des accords collectifs. Par conséquent, les conventions collectives s'imposent de manière inconditionnelle¹ aux contrats de travail en prescrivant des obligations à l'employeur et en créant des droits au profit du salarié auxquels il ne peut renoncer².

Parallèlement, une convention collective peut-elle imposer à la charge du salarié des obligations qui ne figurent pas dans son contrat de travail ? Cette question est variablement tranchée par la jurisprudence, ce qui amène une fraction de la doctrine à nuancer le propos. Par exemple, le Professeur Marie-Armelle Rotschild-Souriac³ observe qu'un accord collectif peut poser certaines limites sans exclure l'amélioration de la situation des salariés dans leur contrat de travail. Elle suggère alors de permettre l'adoption de règles additionnelles aux minima conventionnels, mais pas au point d'autoriser la prévision de véritables règles de substitution.

D'ailleurs, la règle de l'article L. 2254-1 du Code du travail est sans appel : « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ». Cette disposition est le fondement même de l'effet impératif de la convention collective à l'égard du contrat individuel du travail, sous réserve d'une disposition plus favorable. Des arrêts rendus le 7 novembre 2007 se rallient ouvertement à cette opinion en affirmant que « l'entrée en vigueur d'un nouvel accord collectif [oblige] à raisonner en termes de concours de normes, devant être résolu par application de l'article L. 135-2 du Code du travail et non en termes de modification du contrat de travail »⁴.

¹ Pourtant, une partie de la doctrine estime que le contrat de travail doit s'appliquer lorsque l'employeur ne s'appuie sur aucune stipulation conventionnelle.

Par exemple : RADÉ Ch., obs. sous Cass. Soc., 10 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 889 ; ANTONMATTÉI P.-H., « Négociation collective, brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p. 88.

² La thèse de l'incorporation étant rejetée de jurisprudence constante en ce qui concerne les clauses conventionnelles encore en vigueur, le salarié cesse de pouvoir invoquer les droits prévus par un accord collectif dès que son contrat n'y est plus soumis (Cf. PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 1335 et suivantes).

³ ROTSCCHILD-SOURIAC M.-A., *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse dactylo., Paris, 1986, p. 1429.

⁴ Pour un exposé complet de cette controverse : CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 415 et suivantes.

En résumé, l'état du droit positif semble se stabiliser en faveur de l'alternative suivante¹ : dans le silence du contrat de travail, les stipulations de l'accord collectif s'appliquent sans nuance ; dans l'hypothèse où le contrat de travail se serait emparé de la question réglée par la convention collective, c'est la clause contractuelle qui s'applique selon son caractère plus ou moins favorable.

¹ Cf. JOHANSSON A., « Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail », *JCP S* 2006, 1304.

CHAPITRE 2

LA VARIABILITÉ DE L'EFFET SUPPLÉTIF

L'effet supplétif d'une règle est généralement appréhendé à travers ses liens d'opposition avec l'impérativité : les règles impératives sont la manifestation de la contrainte étatique, tandis que les règles supplétives celle de la liberté laissée aux particuliers. Il est interdit de disposer des premières, alors qu'il est loisible de disposer des secondes. Attardons nous un instant sur la notion de supplétivité qui suscite encore de multiples querelles doctrinales.

Dans le langage courant ¹, l'épithète « supplétif » désigne ce qui est destiné à venir en aide à ce qui est incomplet ou insuffisant. Sur le plan juridique, les règles supplétives sont celles qui ne s'appliquent qu'« à défaut d'autres dispositions (légales ou conventionnelles) » ². Elles suppléent des normes perçues comme supérieures à celles qui permettent de les écarter, d'où l'appellation de lois supplétives.

Souvent, c'est le législateur lui-même qui supplée au silence des contractants. Ces derniers n'ayant pas éludé l'application des dispositions législatives pour l'organisation de leur situation, on considère qu'ils s'y réfèrent implicitement. Il n'est alors pas exagéré de dire que la règle supplétive est un « lieu d'expression et d'épanouissement des préférences

¹ Dans le langage grammatical, elle désigne des formes capables de compléter les formes manquantes d'une conjugaison défective ou d'une déclinaison incomplète (Cf. LÉTOUBLON FR., *Il allait pareil, à la nuit. Les verbes de mouvement grec : supplétisme et aspect verbal*, Éd. Klincksieck, 1985, p. 9). Dans le langage militaire, il s'agit d'un autochtone engagé temporairement en complément des troupes régulières (*Le Grand Larousse Universel, op. cit.* ; *Le Grand Robert de la langue française, op. cit.*, V^o « Supplétif »).

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V^o « Règle supplétive ».

individuelles »¹. Elle n'est autre que la suppléance du vouloir individuel saisie par la règle de droit qui doit s'exprimer de manière explicite².

Ainsi entièrement livrée à la libre disposition des particuliers, la règle supplétive « n'a vocation à être mobilisée que si aucune autre règle, ayant une autre source juridique et portant sur le même objet, n'existe »³. Tantôt elle vient pallier les lacunes d'une volonté inconscientes, tantôt les lacunes conscientes⁴. Doit-on pour autant lui attribuer une force obligatoire atténuée par rapport à la règle impérative ?

À première vue, l'expression de règle supplétive recèle une contradiction dans les termes : les individus pouvant librement écarter son application, elle ne saurait les obliger. Elle a ainsi une nature facultative puisqu'elle est « non-obligatoire »⁵. Cette appréhension récurrente conduit à octroyer aux règles supplétives une force obligatoire « réduite »⁶. Elle fait généralement l'objet à tort, d'un discours dépréciatif consistant à la reléguer à l'échelon inférieur de la normativité (tandis que la règle impérative incarne le modèle idéal de la règle de droit).

À suivre l'approche de Planiol⁷ expliquée par le Professeur Léon Duguit, les règles supplétives ne pénètrent dans la sphère juridique que sous le couvert d'une sorte de « normativité d'emprunt »⁸. D'ailleurs, certains n'hésitent pas à refuser de considérer que les dispositions légales supplétives constituent des règles de droit à part entière : « si on y réfléchit bien, seule la loi impérative est une "vraie loi", traduisant l'autorité du législateur. La loi supplétive, à tout prendre, n'est qu'un modèle de clauses contractuelles proposées à l'agrément des parties »⁹. C'est finalement la réunion des conditions d'application qui impose la mise en œuvre de la règle supplétive, et ce n'est qu'après qu'elle peut être érudée¹⁰ : « Ce

¹ PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 421, 2004, p. 11.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, *RTD civ.* 1999, p. 377, obs. J. MESTRE : la renonciation à des dispositions supplétives ne peut résulter du seul silence des parties selon la Cour de cassation.

³ FROSSARD S., « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

⁴ Cf. PERES-DOURDOU C., *op. cit.*, p. 309 et suivantes.

⁵ PERES-DOURDOU C., *op. cit.*, p. 105 et suivantes.

⁶ GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 321.

⁷ Selon les termes de Planiol repris par le Professeur Léon Duguit : les dispositions de la loi sont de « deux sortes, les unes obligatoires en ce que leur observation s'impose aux particuliers et qu'il n'est pas permis d'y déroger [...] ; les autres sont facultatives, leurs décisions n'ont qu'une valeur [...] supplétive » (DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel, 2. La Théorie générale de l'État, Éléments, Fonctions et organes de l'État*, Éd. de Brocard, 3^{ème} éd., 1928, p. 191).

⁸ DUGUIT L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, p. 560 et suivantes.

⁹ VEAUX D., note sous Montpellier, 26 mai 1997, *JCP* 1998, II, 10070, spéc. n° 20.

¹⁰ FROSSARD S., *op. cit.* ; TISSANDIER H., « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 109, spéc. p. 112 ; PERES-DOURDOU C., *op. cit.*, p. 147.

qui facultatif, ce n'est pas la loi, c'est le fait de se mettre dans la situation légale »¹. C'est parce que les parties n'ont pas déclaré s'accorder sur une autre solution que la règle doit s'appliquer.

Que penser dès lors ? L'effet supplétif constitue-t-il une « fausse exception »² au caractère obligatoire de la règle de droit ? Une analyse consiste à considérer qu'il traduit l'existence de degrés, de nuances ou d'échelons. La force obligatoire de la règle de droit est envisagée comme une variable dont l'intensité se dilue à la faveur des dégradés qu'elle est susceptible d'approcher³ : « [la force du commandement juridique est variable]. Il est des prescriptions impératives qui ne peuvent être éludées par ceux auxquels elles s'appliquent. Il en est aussi des supplétives auxquelles on peut déroger et qui ne s'imposent qu'à défaut de volonté contraire de leur part »⁴.

Cette idée très répandue est contredite par quelques opinions dissidentes. Totalement à l'opposé, le Professeur Antoine Jeammaud soutient par exemple qu'en raison du « caractère obligatoire des règles juridiques, il est injustifié d'admettre, comme on le fait très couramment, qu'il existe des degrés dans le caractère obligatoire de ces normes, en distinguant les règles dites impératives et les règles dites non-impératives ou supplétives »⁵. C'est pourtant l'existence des règles supplétives qui démontre que l'idée d'obligation liée à la règle de droit n'est pas dépourvue de souplesse »⁶, parce que c'est le but même de la règle de retentir sur son caractère obligatoire pour l'assouplir ou le raidir, selon le cas⁷.

D'autres s'attardent de façon assez surprenante à démontrer le caractère impératif de la règle de référence en cas de supplétivité. Or une règle supplétive ne peut être impérative ; elle est simplement obligatoire. Si aucune règle suppléante n'existe, alors la règle de référence s'appliquera obligatoirement de la même manière que la règle suppléante se serait appliquée si elle avait existé. Chaque règle s'applique de manière obligatoire et non de manière impérative. Au final, s'il est possible de croire que l'effet supplétif affecte la nature même de la règle de droit, « ce n'est là qu'une fausse apparence »⁸ : la règle supplétive constitue une règle de droit à part entière, dont la force obligatoire peut être perçue comme variable à

¹ PLANIOL M., RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil. Principes généraux, Les personnes, Les biens*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1948, p. 90.

² DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 178.

³ SIRAT Ch., *La notion de loi*, Thèse dactylo., Paris, 1955, p. 21.

⁴ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, p. 43, n° 33.

⁵ JEAMMAUD A., *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse dactylo., Lyon III, 1975, p. 180, n° 70.

⁶ Cf. AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2010, n° 20.

⁷ *Ibid.*

⁸ CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Éd. A. Pédone, 2^{ème} éd., 1904, p. 37.

l'instar des règles dites impératives. Le raisonnement tient-il toujours eu égard à la nature permissive que des auteurs ¹ lui attribuent ?

Qualifier les règles supplétives de règles permissives permettrait certainement de leur conférer un caractère obligatoire plus convaincant, mais le procédé n'emporte pas la conviction. En effet, l'assimilation est séduisante dans la mesure où les règles supplétives ont précisément pour objet de permettre aux individus de déroger à la loi, de leur accorder la permission de les tenir en échec.

En ce sens, l'effet supplétif se confond avec l'ensemble des possibilités de choix offertes aux particuliers. Le supplétif se confond avec le permissif, il désigne « le facultatif, l'autorisé, le permis, voire le possible. Il [inclut] toute manifestation de volonté pouvant être valablement exprimée et produisant pleinement ses effets »². Une telle acception conduit donc à intégrer sans nuance dans la notion de règle supplétive l'ensemble des manifestations de la liberté individuelle sur la scène juridique ³.

Cependant, le supplétif ne s'entend pas ainsi : « on ne doit pouvoir parler de règle supplétive qu'à la condition que celle-ci énonce une solution destinée à suppléer le vouloir individuel, à combler les lacunes résultant du défaut d'exercice de leur liberté par les particuliers [...]. Reconnaître expressément la faculté, pour les sujets de droit, de faire quelque chose ne revient nullement à formuler, dans le même élan, une règle dont l'objet particulier est de remédier aux lacunes résultant de leur silence ou de leur inaction »⁴. L'assimilation doit donc être écartée.

Comment alors détecter une règle supplétive ? Alors que le caractère impératif d'une règle est évoqué expressément à plusieurs reprises dans le Code du travail, ce n'est que très exceptionnellement que le législateur fait usage du terme « supplétif ». Il affectionne d'autres tournures variées, interchangeables, dont le juge doit apprécier la teneur. Souvent, elle ne peut que se déduire de l'interprétation des textes. La locution législative ou réglementaire, qui rend compte avec clarté de l'aspect supplétif, est sans nul doute « à défaut de ». L'expression se retrouve plus de quatre cent fois dans le Code du travail. Elle est aussi décelable dans d'autres formules que l'on pourrait multiplier à l'envi : « en l'absence de », « sauf disposition contraire », « peut disposer », « peut déroger », etc.

¹ Cf. PERES-DOURDOU C., *op. cit.*, p. 134.

² CONVERT L., *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, Etude de droit comparé : Angleterre – Espagne – France*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 374, 2003, p. 45, n° 46.

³ Cf. PERES-DOURDOU C., *op. cit.*, p. 134.

⁴ Comme le fait cet auteur, trouver une disposition légale composée de deux alinéa, l'un affirmant une possibilité, l'autre « à défaut de... ». Et d'en conclure que les deux alinéas sont complémentaires et se relayent successivement : « le supplétif obvient au risque d'indétermination que recèle le permissif » (*Ibid.*)

Cependant, il faut se garder d'accorder un poids excessif à l'emploi des mots. Parce que s'ils sont de bons indicateurs, il ne saurait suffire à caractériser la présence d'une supplétivité, comme de son absence⁵. Les énoncés doivent être analysés à l'aune de la liberté accordée dans la détermination du contenu de la règle en marge de la solution édictée. Qui accorde cette liberté ? À n'en pas douter tant le législateur que les partenaires sociaux, dans le but d'une meilleure adaptation de la teneur des règles à la réalité de terrain.

Et c'est précisément à la suite de l'analyse des termes usités que l'on se rend compte que la supplétivité se déploie à travers le principe de faveur dans un sens favorable (Section 1), mais également depuis peu à travers la dérogation qui se conçoit indifféremment de son sens favorable ou non (Section 2).

⁵ FROSSARD S., *op. cit.*

SECTION 1

LE PRINCIPE DE FAVEUR : UNE RÈGLE SUPPLÉTIVE AU SENS FAVORABLE

Le principe de faveur est-il une règle supplétive ? La question peut surprendre tant est plutôt discutée la question de savoir s'il s'agit d'un « principe général » ou d'un « principe fondamental du droit du travail ». C'est pourtant ce que l'on tentera de démontrer dans ces lignes. Considéré comme « l'âme du droit du travail »¹, ledit principe « surplombe » l'application des dispositions travaillistes pour reprendre la formule du Professeur Antoine Jeammaud², sans que la détermination de sa valeur juridique ne soit homogène : elle oscille entre les qualifications qu'en font la jurisprudence et la doctrine. Et c'est précisément en tranchant ces interprétations que l'on stabilisera sa nature en lui attribuant la qualification de règle supplétive. D'une telle variabilité de nature (§ 1), on ajoute celle de son régime. En effet, l'appréciation des mesures que le principe de faveur met en œuvre est malaisée (§ 2).

§ 1. Une variabilité de nature

Une première question s'impose : « existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? »³. Si l'interrogation se pose encore dans les écrits doctrinaux, c'est pour répondre par l'affirmative à l'unanimité. Par exemple, en se posant la question de savoir ce qu'il reste du principe de faveur, Fabrice Bocquillon sous-entend qu'il existe, à tout le moins qu'il a existé. Or, à ce jour, l'appellation de « principe de faveur » est de l'usage exclusif de la doctrine pour expliquer la jurisprudence. En effet, ce « raccourci doctrinal »⁴ ne figure en tant que tel dans aucun article du Code du travail, ni dans les décisions des juridictions françaises⁵. Les auteurs revêtent, parfois de manière rétrospective, un sens unique à toutes les

¹ CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.

² JEAMMAUD A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 120.

³ PÉLISSIER J., « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges offerts à M. DESPAX*, PUSS, 2001, p. 389.

⁴ LAULOM S. et MERLEY N., « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

⁵ Pour preuve, le Conseil constitutionnel qui utilise les guillemets pour ne pas faire sienne l'expression de « *principe de faveur* », même si elle apparaît expressément dans ses décisions.

décisions rendues sur ce point pour justifier l'éminence du principe de faveur, sans que l'expression ne soit analysée dans sa véritable portée juridique, ni pour son utilité dans le litige en cause ¹.

La variabilité des interprétations doctrinales à l'égard des interprétations jurisprudentielles serait alors simple à exposer, sauf à considérer la variabilité des interprétations jurisprudentielles elles-mêmes. Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation n'ont effectivement pas attribué la même qualification à ce prétendu principe de faveur : s'agit-il d'un « principe fondamental » ou d'un « principe général du droit du travail » ? Examinons les réponses de chacune de ces juridictions à l'aune des explications avancées par la doctrine (A) avant de prendre position sur sa véritable nature juridique : le principe de faveur ne serait-il pas une simple règle supplétive (B) ?

A. Principe fondamental ou général ?

Afin de déterminer si le principe de faveur a la nature d'un principe fondamental ou d'un principe général, il est indispensable d'analyser successivement la position du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

Premier à se prononcer sur la valeur juridique du principe de faveur énoncé à l'article L. 2251-1 du Code du travail ² en 1967, le Conseil constitutionnel le situe au sein de la catégorie des « principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution ». Cependant, sa position n'est pas nette, et il faudra attendre une décision du 6 novembre 1996 ³ pour éveiller les foudres de la doctrine. Dans cette espèce, les requérants invoquent des arguments assez confus afin d'obtenir l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 12 novembre 1996 ⁴.

Schématiquement, les parlementaires soutiennent qu'il est porté atteinte au principe de faveur au motif que les dispositions se rattachent à la notion de « démocratie sociale » ; et, les sénateurs lui attribuent la valeur de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » en s'appuyant sur les décisions antérieures du Conseil d'État et de la Cour de

¹ LAULOM S. et MERLEY N., *op. cit.*.

² Cons. const., 12 juillet 1967, n° 67-46 L, *Rec.*, p. 31 ; Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, p. 627, obs. X. PRÉTOT ; Cf. PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 179-181.

³ Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 25, obs. M.-L. MORIN ; MATHIEU B., « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, chron. p. 152 ; TISSANDIER H., « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045.

⁴ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, Information et consultation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire (MATHIEU B., *op. cit.*).

cassation ¹. Mais le Conseil constitutionnel ne se laisse pas entraîner sur ce terrain en estimant que « le grief tiré de la méconnaissance d'un principe dit "de faveur" manque en fait », et s'abstient dès lors de se prononcer sur sa valeur juridique.

Puis, cette décision fut renforcée par celle du 20 mars 1997 ² relative à la loi du 25 mars 1997 créant les plans d'épargne-retraite, loi dans laquelle le législateur habilitait les partenaires sociaux à déroger aux stipulations conventionnelles d'un champ plus large. Là non plus, le Conseil constitutionnel ne censure pas les dispositions législatives et ne qualifie pas le principe de faveur de « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». L'attitude fuyante du Conseil constitutionnel est susceptible de deux interprétations : soit le refus de répondre s'interprète comme une volonté de laisser entièrement ouverte la question de la valeur du principe de faveur ³, soit il s'interprète comme le refus d'admettre sa valeur constitutionnelle ⁴.

Quoiqu'il en soit, la solution reste ambiguë et témoigne de la valeur incertaine du principe de faveur que tente pourtant de systématiser la doctrine. Ce n'est qu'en 2003 que le Conseil constitutionnel accepte de se prononcer. Cette fois, il semble clore le débat en affirmant que « la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés » ⁵.

D'une manière générale, le législateur serait libre de ne pas autoriser les accords collectifs à déroger à ses dispositions, puisqu'il est seul compétent ⁶ pour réduire la portée du principe de faveur, pour y porter atteinte ⁷; *a fortiori*, il ne manque pas quant à lui d'y déroger dès lors qu'il souhaite poser une règle d'ordre public absolu : l'article L. 2233-2 du Code du travail dispose par exemple, que les conventions d'entreprise peuvent « compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par

¹ L'influence des arrêts est manifeste dans l'argumentation des saisines (Cf. LAULOM S. et MERLEY N., *op. cit.*).

² Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 476, obs. X. PRÉTOT.

³ « Le Conseil constitutionnel refuse de se prononcer, par économie de moyen, sur ce principe. De manière assez ambiguë, comme s'il s'agissait de marquer une hésitation, il se réfère cependant à la loi du 24 juin 1936, pour définir la portée du principe dit de faveur, tout en se gardant d'en déterminer la valeur » (MATHIEU B. et VERPEAUX M., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA* 17 octobre 1997, p. 10, spéc. p. 16).

⁴ FAVOREU L., « Chronique de jurisprudence », *RFDC* 1997, p. 323, spéc. p. 332 ; OGIER-BERNAUD V., « Le Conseil constitutionnel et l'embarassant "principe de faveur" », *RFDC* 2003, p. 567.

⁵ Cons. const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Dr. soc.* 2003, p. 260, obs. X. PRÉTOT ; *D.* 2003, p. 643, étude B. MATHIEU, p. 638 ; 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *D.* 2004, somm. 3029, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

⁶ Le règlement ne peut s'affranchir du principe de faveur compte tenu de sa valeur de principe général du droit à tout le moins.

⁷ JEAMMAUD A., « Le principe de faveur », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 119 ; BOCQUILLON F., « Que reste-t-il du "principe de faveur" ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255 ; OGIER-BERNAUD V., *op. cit.*.

le statut »⁸ dans le secteur public, et interdit ainsi à la négociation collective de contredire ce statut.

Ce faisant, la doctrine s'accorde à dire, à juste titre, que le Conseil constitutionnel nie la valeur constitutionnelle du principe de faveur. S'il lui avait conféré cette qualification, il aurait ainsi limité les prérogatives du législateur et bridé la dynamique de la négociation collective, raison pour laquelle la décision a été fort bien accueillie¹. Toutefois, cette valeur « négative » éclaire peu notre lanterne. Heureusement, celle-ci fut ravivée dès l'année suivante² : le Conseil constitutionnel reconnaît explicitement la qualification de « principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution » à propos d'un conflit entre conventions collectives.

Est-ce une nouveauté ? À l'évidence, du fait du caractère exprès de la reconnaissance, mais en soi, l'idée n'est pas nouvelle parce qu'elle était en germe, on l'a dit, dès 1967. À ce titre, la doctrine ne manque pas d'homogénéiser les solutions retenues. Or, une différence est notable : certes, la première décision consacre la valeur juridique de l'article L. 2251-1 du Code du travail relatif au rapport entre la loi et les conventions et accords collectifs, mais la seconde le fait à propos d'un conflit entre conventions collectives elles-mêmes³. La différence est de taille : ainsi replacées dans leur contexte, les solutions varient d'une décision à une autre quant à leur champ d'application. La nature du principe de faveur en est-elle changée pour autant ? Une partie de la doctrine⁴ a suggéré que le principe de faveur avait dans tous les cas une valeur législative, mais c'est sans compter sur l'analyse de la jurisprudence administrative.

L'opinion selon laquelle le principe de faveur a une valeur législative est en effet contredite par le choix du Conseil d'État qui privilégie depuis 1973⁵ la qualification de « principe général du droit » attaché aux nécessités de la vie sociale. S'inspirant en partie de cette prise de position de la juridiction administrative, des auteurs octroient dès lors au principe de faveur un « haut degré de généralité, procurant ainsi solution pour des situations non prévues par la loi »⁶. Ainsi, en 1980, le Professeur Nikitas Aliprantis relève qu'il

⁸ Cass. Soc., 12 juillet 1999, *Bull. civ.* IV, n° 349.

¹ OGIER-BERNAUD V., *op. cit.*.

² Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *D.* 2004, somm. 3029, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

³ Pour une démonstration complète : LAULOM S. et MERLEY N., *op. cit.*, p. 219.

⁴ Par exemple : PRÉTOT X., « Conventions et accords collectifs : principes généraux du droit et accords dérogatoires », *RJS* 1994, p. 819.

⁵ CE, Avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouvrier* 1973, p. 190 ; COUTURIER G., in *Les grands avis du Conseil d'État*, sous la direction d'Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA et Fr. ROLIN, Dalloz, coll. « Grands avis », 3^{ème} éd., 2008, p. 107 ; CE, 8 juillet 1994, *RJS* 1994, n° 1386, p. 840 ; PRÉTOT X., *op. cit.* ; 27 juillet 2001, *RJS* 2002, p. 9, obs. F. BOCQUILLON.

⁶ Même si cette opinion doctrinale est issue d'une analyse des décisions de la Cour de cassation, elle se transpose ici à l'interprétation des solutions du Conseil d'État (JEAMMAUD A., *op. cit.*).

« constitue un principe à portée générale en droit français »¹ ; ou encore, le Professeur Gérard Couturier affirme que le Conseil d'État fait « de façon très significative » une référence aux « principes généraux du droit du travail »². Mais est-ce la volonté des conseillers de l'ériger ainsi ? N'est-ce pas plutôt une manière de conserver leur maîtrise des sources du droit administratif comme le soutiennent Sylvaine Laulom et Nathalie Merley³.

Force est de constater que, devant le Conseil d'État, la qualification de principe général du droit s'inscrit essentiellement dans un processus de maîtrise des sources du bloc de légalité⁴. Pourtant, la doctrine insiste sur le caractère général du principe de faveur comme pour lui attribuer une raison d'être. De plus, à l'examen des décisions, on se rend compte que la qualification est en réalité inutile à la résolution des litiges. Par exemple, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État annule un décret autorisant les partenaires sociaux à aménager le temps de travail « en vertu du principe général du droit du travail selon lequel un accord collectif de travail peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur [...] »⁵. La référence au principe général du droit était-elle indispensable ? Pourquoi effectuer un « détour par les principes généraux du droit »⁶ alors même que la jurisprudence constitutionnelle retient la valeur de « principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution » ?

Le questionnement subsiste, et tend à alimenter le débat quant à la nature du principe de faveur. Les auteurs, qui occultent pour la plupart l'enjeu pratique des décisions, enseignent que le Conseil d'État retient au moins une valeur supra-décrétale à l'article L. 2251-1 du Code du travail. Et qu'en est-il du principe de faveur ? Rien n'est précisé. En 1994, le juge administratif ne fait que suggérer la conformité d'un décret « au principe général du droit dont s'inspirent les dispositions travaillistes »⁷. Autrement dit, il analyse l'acte administratif au regard du principe de faveur dont s'inspire l'article L. 2251-1 du Code du travail. Si ladite « inspiration » est de l'essence même de l'identification d'un principe général du droit⁸, elle laisse néanmoins perplexe quant à l'interprétation que l'on doit en faire ici. Ces premières

¹ ALIPRANTIS N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, p. 52.

² COUTURIER G., in *Les grands avis du Conseil d'État*, sous la direction d'Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA et Fr. ROLIN, Dalloz, coll. « Grands avis », 3^{ème} éd., 2008, p. 107.

³ LAULOM S. et MERLEY N., *op. cit.*

⁴ DE MONTALIVET P., « Principes généraux du droit », *J. Cl. Adm.*, Fascicule 38, 2007, spéc. n° 209.

⁵ CE, 27 juillet 2001, *RJS* 2002, p. 9, obs. F. BOCQUILLON.

⁶ LAULOM S. et MERLEY N., *op. cit.*

⁷ CE, 8 juillet 1994, *RJS* 1994, n° 1386, p. 840 ; PRÉTOT X., « Conventions et accords collectifs : principes généraux du droit et accords dérogatoires », *RJS* 1994, n° 1386, p. 819.

⁸ « Ces formulations ne doivent pas tromper. Elles montrent que ce n'est pas le principe qui est déduit du texte mais le texte qui est déduit du principe. Ce principe en constitue une source d'inspiration. Le texte n'est pas la source formelle, ni même matérielle, du principe. C'est le principe qui constitue la source matérielle du texte » (DE MONTALIVET P., *op. cit.*, spéc. n° 30).

divergences d'interprétations exposées, en est-il de même des décisions de la Cour de cassation?

Tout comme pour le Conseil d'État, il est difficile de comprendre la position de la Cour de cassation qui opte pour la qualification de « principe fondamental du droit du travail »¹ qu'elle vise expressément. La particularité des premières décisions de la Cour de cassation procède tout à la fois de la véritable formulation d'un tel « principe fondamental » issu de l'article L. 2251-1 du Code du travail et de sa reconnaissance explicite en l'insérant au visa², ce qui a suscité l'émoi de la doctrine : la position de la Cour de cassation « apparaît comme une sorte de réponse ironique à la jurisprudence du Conseil d'État sur les principes généraux du droit du travail [...] »³.

En réaction, la Cour de cassation change de cap ; elle ne vise, ni ne cite ce principe pour l'appliquer cette fois de manière implicite. Elle effectue une « méthode d'induction amplifiante » à partir de plusieurs textes du Code du travail⁴ qu'elle combine pour déboucher sur la « découverte » du principe de faveur⁵. Elle crée une règle inédite qui lui permet de résoudre un conflit de normes : le « principe fondamental du droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application »⁶.

Néanmoins, l'analyse des décisions nous conduit à constater que les normes en conflit sont de nature différente : le premier type de contentieux opposait une loi et une convention collective, le deuxième une loi et un statut réglementaire⁷, et le troisième un usage et une convention collective⁸ ; et que le fondement de ses solutions varie en conséquence. En toute logique juridique, la Cour de cassation invoque le principe fondamental issu de l'article L. 2251-1 pour résoudre le premier conflit, tandis qu'elle use de l'énoncé le plus large qui combine les articles pour les deux autres types de conflits. Dès lors, la généralisation doctrinale du principe de faveur ne traduit pas la coexistence de ces deux règles. Les

¹ Cass. Soc., 26 mars 1980, *D.* 1980 IR, p. 547, obs. J. PÉLISSIER ; 25 novembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 63.

² Curieuse est cette initiative de faire figurer le « principe fondamental » de faveur en visa, parce qu'il est acquis qu'un arrêt de cassation peut viser un ou plusieurs textes (légaux ou réglementaires), une convention collective ou un principe général (Cf. WAQUET Ph., « Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1998, p. 62, spéc. p. 69).

³ GARBAR C.-A., « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut », *RJS* 5/98, p. 355, spéc. p. 361.

⁴ Articles L. 2251-1, L. 2254-1, L. 2233-3, L. 2252-1 et L. 2253-1 et suivants du Code du travail.

⁵ Voir « *au-delà de la lettre du code* » (Cf. JEAMMAUD A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 119).

⁶ Cass. Soc., 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN et note J. SAVATIER, *JCP* 1997, I, 4006, spéc. n° 1, note B. TEYSSIÉ, *JCP G* 1997, II, 22798, note J. CHORIN ; 8 octobre 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1048 ; *RJS* 1996, n° 1202 ; 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381, obs. Ch. RADÉ ; 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106.

⁷ Cass. Soc., 17 juillet 1996, *JCP* 1997, II, 22798, note J. CHORIN.

⁸ Cass. Soc., 8 octobre 1996, *Bull. civ.* V, n° 315 ; LIBCHABER R., « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792.

décisions de l'ordre judiciaire ne formulent donc pas plus les fondements annonciateurs de l'éminence d'un principe de faveur pourtant largement suscités par la doctrine ¹.

En somme, il y a un véritable décalage entre les interprétations jurisprudentielles et doctrinales. Et si les auteurs ont fait le choix de ne pas s'attarder sur les variantes terminologiques utilisées par les différentes juridictions qui ne seraient selon eux, que des différences verbales pour désigner la même règle ², ils l'ont fait à tort. Parce qu'il n'existe pas un principe de faveur dont l'importance aurait été reconnue par l'ensemble des juridictions mais une variété de règles dégagées à partir de l'article L. 2251-1, dont la fondamentale doit être replacée dans leurs contextes contentieux variés.

La Cour de cassation qualifie deux règles de principe fondamental : l'article L. 2251-1 et la règle selon laquelle « en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ». Devant le Conseil d'État, c'est l'article L. 2251-1 qui est un principe général. Enfin, pour le Conseil constitutionnel, c'est la règle selon laquelle « la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés » qui constitue un principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution ³.

Les différences de qualification sont notables. Laquelle retenir ? Il est difficile de prendre position. Sans doute seules les décisions du Conseil constitutionnel permettent-elles de déterminer la portée du principe de faveur en le rangeant dans la catégorie des principes fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution. Même s'il n'a pas valeur constitutionnelle, il revêt une certaine autorité. Une autre interrogation vient alors à l'esprit : s'agit-il réellement encore d'un principe ? C'est ce que nous tenterons de réfuter dans les développements suivants.

B. Principe ou règle supplétive ?

Un raisonnement du Professeur Jean Pélissier nous conduit à considérer que le « principe de faveur » n'est pas en soi un principe, à tout le moins pas un principe à portée générale : « pour qu'existe véritablement un principe, il faut qu'au-delà des règles légales une

¹ Par exemple : VACHET G., « Le principe de faveur dans les rapports entre les sources de droit », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 79.

² LYON-CAEN G., « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977, p. 35.

³ LAULOM S. et MERLEY N., « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

norme générale impose une même solution à toutes les situations d'un type déterminé ¹qui peuvent se rencontrer »². Il est vrai qu'un principe se définit comme une « règle juridique établi par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »³. Or, ce n'est pas le cas du principe de faveur.

L'auteur poursuit sa démonstration en affirmant que non seulement la solution au conflit de normes peut être apportée dans la plupart des cas par un texte de loi ⁴, mais en plus que la Cour de cassation n'applique pas systématiquement ce prétendu principe de faveur alors que le contentieux s'y prête⁵. En vérité, en parlant de principe, on valorise l'orientation protectrice du droit du travail. C'est une manière d'élever la valeur de sa teneur propre .

Ce qui est ainsi désigné principe n'est en réalité devenu qu'une « simple règle, le plus souvent d'origine légale, qui est quelquefois appliquée en dehors des situations précises visées dans certains textes. Affirmer son existence crée la confusion au lieu de susciter une réflexion plus approfondie sur la hiérarchie des normes en droit du travail »⁶. Le Professeur Antoine Jeammaud l'avoue insidieusement en 1999 en intitulant son article « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente »⁷. Il s'agit d'une seule et même règle visée sous le terme unificateur de « principe de faveur » : une règle de résolution des conflits de normes qui prime en cas d'amélioration de la situation des salariés.

En ce sens, le principe de faveur est-il une règle supplétive ? Certains remarquent que la technique de la disposition la plus favorable « fait penser à celle de la loi supplétive »⁸ tandis que d'autres soulignent l'existence, « entre le droit purement supplétif et le droit absolument impératif » d'une « forme de droit à caractère semi-impératif » tout en ajoutant que l'« on pourrait presque parler ici aussi de droit à caractère trois-quart impératif »⁹. Le

¹ Soulignons qu'il n'est pas non plus un droit : l'expression « *droit de faveur* » est irrecevable car « *rechercher une solution à une difficulté opposant deux parties en faisant systématiquement prévaloir celle qui est favorable à l'une des parties constitue une négation du droit. Cette démarche suppose l'absence de règle et consacre le non-droit* » (PÉLISSIER J., « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges offerts à M. DESPAX*, PUSS, 2001, p. 389).

² PÉLISSIER J., *op. cit.*, spéc. p. 395.

³ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « *Quadrige* », 8^{ème} éd., 2007, V^o « *Principe* ».

⁴ Sans s'inspirer d'un prétendu principe de faveur, les juges appliquent littéralement les articles L. 2251-1, L. 2222-1, L. 2222-2, L. 2252-1, L. 1237-1 et L. 2253-1 et suivants du Code du travail.

⁵ Par exemple, la jurisprudence relative à la pluralité d'activités d'entreprise : les juges ne recherchent pas forcément la disposition la plus favorable, mais décident d'appliquer celle qui correspond à l'activité principale de l'entreprise.

⁶ PÉLISSIER J., *op. cit.*, spéc. p. 398.

⁷ JEAMMAUD A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

⁸ BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171, spéc. p. 178.

⁹ LEVENBACH, *Le nouveau droit civil du licenciement*, cité par J.-P. ASSCHER-VONK, « Possibilité d'écarter certaines dispositions de droit à caractère impératif dans les conventions collectives », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 13, spéc. p. 16 ; YUNG W., « La renonciation au bénéfice de la loi en droit suisse », in *Les renonciations au bénéfice de la loi, Journées françaises 1960*, Travaux

caractère arithmétique de l'appréciation nous laisse perplexe. Pour notre part, nous ne pouvons nous rallier à l'idée que le principe de faveur est associé à l'impérativité, car l'ordre public n'est pas de l'ordre du négociable ; ni même nous rallier à l'idée qu'il relève de la supplétivité, cette fois parce que cette dernière fait l'objet d'une validation législative de par la valeur du principe de faveur précédemment démontrée. La possibilité technique d'accroître la protection d'une règle ne saurait lui faire perdre son caractère supplétif, qui a longtemps été occulté au profit de la finalité première du droit du travail : le progrès social.

En invoquant un « principe de faveur », la doctrine a faussement rationalisé la technique de la supplétivité, qui ne se limite pas à l'amélioration de la situation des salariés. Elle consiste à mettre à disposition la teneur d'une règle. L'analyse invite donc à plus de modestie quant à la portée d'une disposition plus favorable, à plus de stabilité quant à la détermination de sa nature. D'une variabilité ainsi évincée, on ajoute celle de son régime.

§ 2. Variabilité de régime : entre comparaisons analytique et globale

Le principe de faveur est lui-même source de variabilité dans sa mise en œuvre. Déterminer entre deux normes, laquelle est la plus favorable implique une comparaison qui peut s'avérer délicate. La prévisibilité n'y trouve pas son compte, mais bien la variabilité. Il arrive qu'une règle ait d'apparence un caractère progressiste, mais que son aménagement ne soit pas indubitablement favorable aux salariés.

C'est notamment le cas lorsqu'elle porte sur des éléments non quantifiables : par exemple, est-il plus avantageux de travailler plus pour gagner plus, ou de travailler moins pour gagner moins ? À titre d'illustration, le caractère favorable de l'article L. 3123-1 du Code du travail ne va pas de soi comme le remarque le commentateur de la décision du Conseil d'État en date du 16 janvier 2002¹. Cette disposition législative par laquelle est définie le travail à temps partiel est ambivalente : soit elle avantage les salariés qui ont un contrat de travail à temps partiel subi, en leur garantissant un certain nombre d'heures d'activité, soit elle défavorise ceux qui cherchent un emploi d'une durée inférieure au minimum prévu par la convention collective en les empêchant d'accéder au marché du travail. L'alternative illustre parfaitement la difficulté de mise en œuvre du principe de faveur. Vers quelle méthode la Cour de cassation s'orientait-elle ?

de l'association H. CAPITANT, Dalloz, Tome 13, 1963, p. 321, spéc. p. 344.

Ce dernier parle indifféremment de « règles semi-impératives » et « règles relativement impératives ».

¹ CE, 16 janvier 2002, *RJS* 4/02, n° 468, concl. P. FOMBEUR, p. 308, spéc. p. 312.

Pour procéder à la comparaison des avantages, le juge a tout d'abord opté pour une démarche analytique où chaque norme est découpée en avantages distincts les uns des autres¹. Chaque avantage est ainsi strictement identifié pour déterminer le plus favorable. Puis, la démarche soulevant quelques controverses, la Cour de cassation a convié les juges du fond à privilégier un découpage plus sommaire, à se contenter en quelque sorte d'une simple équivalence². Désormais, la comparaison s'opère entre les « avantages ayant le même objet ou la même cause »³. Mais là encore, l'appréciation est malaisée : doit-on retenir l'identité de l'objet ou de la cause, voire le cumul de ces deux critères ? Selon la conception retenue⁴, les conséquences ne seront pas identiques : des cumuls d'avantages pourront s'effectuer dans un cas, et ne le pourront pas dans d'autres.

Force est de constater que dans la plupart de ses décisions, la Cour de cassation n'admet le cumul d'avantages que s'ils ont un objet différent, c'est-à-dire que s'ils ont un contenu bien distinct, et ce au-delà des termes employés⁵. D'une manière générale, la Chambre sociale considère que seule doit être effectuée une comparaison de résultats⁶, peu important que les avantages en cause soient accordés selon des modalités différentes⁷. La solution aurait été nette si la Cour de cassation n'avait pas semé le trouble avec les affaires Géophysique et Oxxo, respectivement de 1997 et 1999, dans lesquelles elle introduit l'idée d'« effets sur l'emploi »⁸.

Dans chacun de ces arrêts, la Chambre sociale introduit en effet un autre mode de comparaison tenant compte des engagements de maintien de l'emploi au sein de l'entreprise ; c'est l'ensemble des engagements pris dans le même cadre géographique qu'il convient de comparer au motif de leur caractère indivisible prévu ou non. La démarche semble cette fois

¹ Par exemple : Paris, 9 février 1962, *D.* 1963, p. 120, note J. SAVATIER.

² Cass. Soc., 29 avril 1965, *Bull. civ.* V, n° 320.

³ « *En cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, les plus favorables d'entre eux peuvent seuls être accordés* » (Ass. plén., 18 mars 1988, *D.* 1989, p. 221, note J.-P. CHAUCHARD, *Dr. ouvrier* 1988, p. 518, note S. BALLEZ).

⁴ La Cour de cassation ne donne pas toujours sa méthode en se contentant de viser la clause litigieuse (Cass. Soc., 25 octobre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 110, obs. B. GAURIAU).

⁵ Même si elle a parfois retenu la conception doctrinale retenant l'identité de cause (Soc., 14 octobre 1982, *Jur. Soc. UIMM* 1983, p. 75), voire celle exigeant le cumul des deux critères (DESPAX M., note sous Cass. Soc., 9 mars 1987, *Dr. soc.* 1989, p. 635 ; SAVATIER J., « Révision d'une convention collective : conditions de suppression d'un avantage », *RJS* 1989, p. 491).

⁶ VACHET G., « Le principe de faveur dans les rapports entre les sources de droit », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIE, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 79, spéc. p. 90.

⁷ Cass. Soc., 4 décembre 1996, *RJS* 1997, n° 220 ; 22 octobre 1996, *RJS* 1997, n° 69.

⁸ Cass. Soc., 19 février 1997, *RJS* 1997, n° 444 ; 3 novembre 1999, *RJS* 1999, n° 1484.

être globale ce qui laisse supposer une variabilité de méthode de comparaison d'une norme à une autre ¹.

Toutefois, la mesure de cette variabilité est faible selon une partie de la doctrine ² qui considère que la règle générale réside dans la démarche analytique, la démarche globale ne s'imposant qu'en présence d'un accord « donnant-donnant » qui enregistre des concessions salariales en contrepartie d'engagements patronaux en matière de sauvegarde de l'emploi ³. Au final, la démarche n'est pas rigoureusement analytique, mais repose sur l'isolement d'avantages concurrents en ce qu'ils traitent de la même question ⁴, et ce pour l'ensemble du personnel ajoute la Cour de cassation ⁵. C'est là la seconde phase de comparaison des avantages.

Une fois les avantages ayant le même objet ou la même cause isolés, les juges procèdent à une « appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux » ⁶. Autrement dit, il ne faut pas comparer les différentes stipulations en partant de la situation personnelle du salarié concerné à l'occasion d'un litige déterminé ⁷, mais prendre en compte la collectivité de la force de travail dans l'entreprise. Cette position non fluctuante de la jurisprudence depuis 1962 ⁸ est justifiée par l'unité nécessaire de statut applicable aux salariés ⁹. On parle alors d'une appréciation *in abstracto* ou d'une comparaison dite objective.

Cependant, l'existence d'intérêts contradictoires au sein d'une même communauté de salariés a pu susciter une discussion doctrinale : la nature de la méthode de comparaison ne varie-t-elle pas selon les normes mises en concours ? Quelques auteurs ¹⁰ ont en effet soutenu que, lorsque sont en conflit une norme légale ou réglementaire et une norme conventionnelle, le caractère plus favorable doit s'apprécier salarié par salarié « du fait de leur qualité de citoyen » ¹¹. Autrement dit, c'est parce que la loi est un acte unilatéral qui confère des droits à

¹ Observons que le Professeur Gérard Couturier découvre un troisième régime fait de la superposition des deux normes que l'on ne peut cumuler (COUTURIER G., *Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, p. 485).

² Pour un panorama des réactions doctrinales : DUPLAT J., « Cumul ou non cumul des jours de congés annuels et des jours de réduction du temps de travail en cas de concours de convention collectives ? », *Dr. soc.* 2009, p. 38.

³ Cf. PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, p. 821, spéc. p. 829.

⁴ Pour une analyse précise de l'objet des avantages : DUPLAT J., *op. cit.*, spéc. p. 45.

⁵ Cass. Soc., 25 janvier 1984, *Bull. civ.* V, n° 33.

⁶ Cass. Soc., 19 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.

⁷ VACHET G., *op. cit.*, spéc. p. 90.

⁸ Cass. Soc., 11 janvier 1962, *Dr. soc.* 1962, p. 290.

⁹ CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, n° 93.

¹⁰ COUTURIER G., *Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail*, Tome 2, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, p. 486 ; CHEVILLARD A., « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

¹¹ BARTHÉLÉMY J., « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensuralisation », *Dr. soc.* 1992, p. 450.

caractère individuel, que l'appréciation des avantages se fera *in concreto*¹. L'argument est pertinent dans l'hypothèse où la règle la plus favorable n'est pas la même selon les catégories professionnelles de salariés, ce qui est le cas par exemple en matière de calcul d'indemnité de licenciement². Pour autant, la démarche n'en est pas moins objective puisqu'il est tenu compte de la situation d'une catégorie de salariés, même si elle peut conduire à isoler des catégories homogènes de salariés³.

Dès lors, ce n'est pas la source juridique de la faveur qu'il faut prendre en compte, mais déterminer si son caractère individuel impose la prise en compte de l'intérêt propre du salarié en cause. Ainsi en opposition avec la jurisprudence et une partie de la doctrine, nous estimons que la comparaison doit s'effectuer en considération de la collectivité des salariés ou de leur individualité, selon que sont en cause des avantages respectivement collectifs ou individuels, peu important le conflit de normes.

En somme, toutes ces considérations invitent à revoir la mesure de la faveur : la comparaison varie d'une démarche analytique à une autre plus globale, ainsi que d'une appréciation objective à une autre plus subjective. Il faut analyser les variables d'appréciation que sont donc l'objet et les bénéficiaires de l'avantage. Aucune solution unitaire n'est ici concevable, contrairement à l'approche de la nature juridique du prétendu principe de faveur. Au demeurant, la supplétivité paraît être l'expression ultime de la tendance travailliste à déroger dans un sens favorable. En est-il de même de la tendance récente à déroger dans un sens défavorable ?

¹ SOURIAU-ROTSCHILD M.-A., « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.

² VACHET G., *op. cit.*, spéc. p. 91.

³ VACHET G., *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Thèse dactylo., 1977.

SECTION 2

LA DÉROGATION : UNE RÈGLE SUPPLÉTIVE AU SENS INDIFFÉRENT

Les sens accordés au mot « dérogation » sont variables, et il est regrettable que des confusions soient faites par le législateur, comme par la Cour de cassation, avec les termes de dispense et d'exception¹. Si ces notions entretiennent des liens étroits, leur signification respective est loin d'être assimilable.

Par hypothèse, le législateur dispose de deux outils pour écarter l'application d'un texte : l'exception et la dérogation. Excepter signifie exclure d'emblée du champ d'application d'une règle une situation déterminée², à « retrancher d'une proposition ce qu'elle contient de trop »³ ; tandis que la dérogation est un pouvoir confié par le législateur à des tiers – notamment aux partenaires sociaux. Dans ce dernier cas, la loi reste applicable en principe, mais peut être écartée à l'initiative du tiers habilité⁴. La dérogation serait en quelque sorte une mesure individuelle sans exiger forcément des conditions particulières, tandis que l'exception consisterait à s'appliquer dès que les conditions sont remplies. Autrement dit, à la différence de la dérogation, l'exception est une composante de la norme initiale qui en borne l'étendue, et non une concurrente de celle-ci⁵.

De la même manière, il n'est pas possible d'associer la dérogation à la notion de dispense dans la mesure où celle-ci traduit « un relâchement de la rigueur du droit accordé à quelqu'un pour des considérations particulières »⁶. Elle est une décision prise par une autorité politique, administrative ou judiciaire, qui soustrait une personne déterminée à la règle applicable, soit pour lui permettre de faire ce qui est interdit, soit pour la soustraire à ce qui

¹ Nous réfutons l'idée ancienne selon laquelle la dérogation serait une forme d'abrogation au sens d'une suppression partielle de la règle, car en réalité elle ne porte aucunement atteinte à son existence (LEURQUIN DE VISSCHER Fr., *La dérogation en droit public*, Bruylant, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », 1991, p. 91 et suivantes).

² BOCQUILLON F., « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803.

³ ROBINE L., *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse dactylo., Bordeaux, 1933, p. 99.

⁴ BOCQUILLON F., *op. cit.*.

⁵ Par exemple, l'article L. 4111-4 du Code du travail.

⁶ THÉRY Ph., « La dispense en droit privé », *Droits* – 25, 1997, p. 59, spéc. p. 62.

est obligatoire. On en déduit d'ailleurs que cette technique est tout à fait inutile en présence d'une règle dite supplétive, l'exercice de la liberté individuelle remplissant pleinement le rôle dévolu à l'auteur de la dispense ¹.

Au final, la dérogation se définit comme le fait de manquer aux prescriptions d'une loi, d'une convention ou d'une autorité ; c'est s'écarter d'un principe directeur, ne pas s'y conformer, voire y porter atteinte ², en disposer « différemment sur tout ou partie de son objet, quels que soient les bénéficiaires de cette différenciation » ³. Elle revêt alors un sens faussement péjoratif, sens qu'elle emprunte à l'histoire (§ 1). Une fois l'indifférence du sens de la dérogation démontrée, nous nous attacherons à disséquer l'évolution de l'application des accords dits dérogoires pour leur réattribuer le caractère supplétif (§ 2).

§ 1. Un sens faussement péjoratif

Sous l'Ancien droit, le verbe « déroger » consistait pour les nobles à accomplir un acte qui entraînait la perte des droits et des privilèges : la « source du verbe déroger fait penser à déchoir » affirme le Professeur Jean-Emmanuel Ray ⁴. Longtemps, la dérogation a alors été considérée comme une règle juridique à contenu défavorable aux salariés pour insister sur la détérioration de leur situation ⁵, ou à tout le moins comme une règle qui n'améliore pas leur condition ⁶.

Des auteurs ⁷ ont été amenés à nuancer cette position préconçue en opposant les accords dérogoires aux accords dits classiques à partir de la distinction entre les notions de substitution et d'addition. Ce faisant, ils adoptent une position médiane en distinguant l'amélioration de la situation des salariés par l'addition de droits d'une part, et l'amélioration par la substitution d'une règle différente d'autre part ⁸. Cette dernière constitue l'acte

¹ PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 421, 2004, n° 280.

² Définition disponible sur : www.atilf.fr

³ JEAMMAUD A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 119.

⁴ RAY J.-E., « Que reste-t-il de l'ordre public social ? », *LS Magazine* janvier 2009, p. 48.

⁵ Notamment : BONNECHÈRE M., « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail. Quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411 ; POIRIER M., « La clause dérogoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885 ; SAURET A., « Le concept de dérogation en droit du travail », in *Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à J. BARTHÉLÉMY*, Droit du travail et de la sécurité sociale, 1994, p. 35.

⁶ CHALARON Y., « L'accord dérogoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 355, spéc. p. 359.

⁷ BARTHÉLÉMY J., « Négociation d'entreprise : dérogation et concession », *Dr. soc.* 1988, p. 554 ; SOULIER P., « L'objet de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 596 ; CHALARON Y., *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, coll. « Pratique sociale », 1990, n° 199 ; VACARIE I., « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1990, p. 757, spéc. p. 763 ; POIRIER M., *op. cit.*

⁸ À ce titre, le Professeur Isabelle Vacarie oppose « la négociation *in melius* » d'une part, qui permet à une convention ou un accord collectif d'accroître les avantages accordés par la loi ou d'instituer des droits nouveaux par rapport à cette dernière, et la « dérogation *in melius* » d'autre part, qui permet de prévoir une règle différente,

dérogatoire, mais pas la première. Selon eux, l'addition ne consiste pas à écarter le contenu légal minimum comme pour la substitution, mais à le prolonger : « lorsque le contrat ou la convention prévoit plus que [le plancher légal], il n'y a donc pas la moindre dérogation à l'ordre public »¹. À l'inverse, l'accord est dit dérogatoire dès qu'il substitue ses dispositions à une autre norme au contenu favorable ou non aux salariés.

En d'autres termes, la doctrine définit la dérogation comme « une technique juridique par laquelle l'auteur d'une règle met à l'écart une autre règle juridique normalement applicable (soit qu'elle présente une force juridique supérieure, soit qu'elle ait une étendue d'application plus large) »². Ce n'est donc pas tant le contenu que son mode substitutif qui en fait un accord dérogatoire.

Selon Florence Canut, cette distinction théorique n'est envisageable qu'à la « condition de garder à l'esprit que l'amélioration de la situation des salariés, par rapport aux règles d'ordre public social, ne constitue aucune dérogation »³ : alors que les accords dérogatoires adoptent une règle différente, ceux tendant à l'amélioration de la situation des salariés se caractérisent par une addition de droits à leur profit. La protection qu'offre l'amélioration serait contenue dans la norme qui la dépasse, tandis que les accords dérogatoires réalisent une véritable substitution de règle au contenu différent. La réflexion est somme toute assez séduisante, mais elle se fonde sur des exemples peu convaincants⁴ :

Si la dérogation n'est vraiment constituée qu'en cas de substitution réelle de contenu, faut-il qu'elle se fasse toujours au détriment des salariés ? Vouloir à tout prix assimiler les accords dérogatoires et la péjoration peut présenter le risque de ne pas déceler la dérogation de l'accord qui, de plus en plus assorti de contreparties, peut se trouver assez équilibré. Dès lors, le concept d'accord dérogatoire doit s'entendre d'une mise à l'écart d'une règle normalement applicable sans l'associer systématiquement à l'idée d'une détérioration de la situation des salariés : « tout accord disposant autrement que ne le fait la loi, même en faveur des salariés, déroge à cette dernière »⁵. La doctrine s'autorise alors, à juste titre, à utiliser les expressions de « dérogation favorable »⁶ ou de « dérogeabilité *in melius* »⁷. Rien d'étonnant :

et pas seulement additive, plus favorable aux salariés (VACARIE I., *op. cit.*, spéc. p. 763).

¹ GAUDU Fr., « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 363.

² BOCQUILLON F., « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803.

³ CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 255, n° 516.

⁴ CANUT FL., *op. cit.*, n° 512.

⁵ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 75.

⁶ CHEVILLARD A., « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

⁷ LYON-CAEN G., « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89, spéc. p. 96.

la dérogation peut en effet être défavorable comme favorable, ou plutôt elle n'est ni l'un, ni l'autre, peu important. Son sens indiffère.

Pour compenser le risque d'une défaveur, la plupart des textes impose la prévision de contreparties au profit des salariés. Par exemple, la possibilité envisagée à l'article L. 1237-5 du Code du travail de mettre un salarié à la retraite avant l'âge légal à condition de fixer « des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle » dans le cadre d'un accord collectif étendu. Ainsi fixées par le législateur, il n'est pas rare que celui-ci laisse aux partenaires sociaux le soin de les déterminer comme en atteste l'article L. 3123-23 du Code du travail : il appartient aux parties de négocier librement les contreparties relatives aux dérogations prévues à l'article L. 3123-22 relatif au délai de prévenance en cas de modification de la répartition du travail. L'exigence de telles contreparties, qu'elles soient fixées par le législateur ou les partenaires sociaux, devient un élément essentiel de l'accord dérogatoire qu'elle intéresse, puisque sans elle, les signataires n'auraient sans doute pas conclu la convention.

En somme, la dérogation traduit tantôt l'amélioration du sort des salariés, tantôt la détérioration de leur situation. Le sens importe peu, ce qui conduit à penser que les accords dérogatoires ne sont finalement que de simples règles supplétives.

§ 2. *Un caractère supplétif réattribué*

Un accord collectif peut-il prévoir que ses clauses ne recevront d'application qu'à défaut d'accord collectif de niveau inférieur ? La Cour de cassation l'a admis discrètement en 1981¹ : une convention de branche peut prévoir qu'elle ne s'applique qu'à défaut de stipulations ayant le même objet contenues dans un accord d'entreprise ou d'établissement. Cette décision n'est pas choquante car il est envisageable que les partenaires sociaux disposent d'un accord collectif au nom de la « justice distributive » rétablissant l'égalité de traitement², ou au nom de la « liberté naturelle des groupements »³ ; « les partenaires sociaux ne sont pas tenus de conclure, de s'engager et d'exercer leur pouvoir normatif. Quand bien même ils seraient, ou seront, tenus d'accepter la négociation, ils ne sont pas pour autant tenus de s'accorder »⁴.

¹ Cass. Soc., 11 mars 1981 (deux arrêts), *Bull. civ.* V, n° 201 et n° 202.

² ALIPRANTIS N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 275.

³ DURAND P. et VITU A., *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956, p. 584.

⁴ RODIÈRE P., « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle, négociation indépendante, subordonnée, "articulée" ? », *Dr. soc.* 1982, p. 711.

Puis, les accords dérogatoires trouvent une véritable consécration dans l'ordonnance du 16 janvier 1982¹ avec la possibilité d'organiser une modulation du temps de travail. Depuis, les domaines ouverts à la dérogation n'ont jamais cessé de se multiplier, notamment après la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail². D'ailleurs, le temps de travail constitue sans doute la matière la plus exposée aux hypothèses de dérogation. Il en existe aussi dans une moindre mesure dans les domaines du travail précaire³, de l'épargne salariale⁴, ou du repos dominical⁵.

Diverses matières sont donc désormais conquises par la dérogation, et une recherche informatique nous conduit à les rassembler ainsi : le Code du travail cite le mot « dérogation » soit pour les autoriser⁶, soit pour les interdire⁷, soit pour sanctionner pénalement leur inobservation⁸. La règle affectée par la dérogation est variable : elle peut alors être légale, conventionnelle ou contractuelle au gré de la volonté du législateur qui l'autorise. Relevons également que les règles peuvent faire l'objet de dérogations en faveur de personnes déterminées.

Cette possibilité de dérogations individualisées, en principe limitée, connaît aujourd'hui un développement considérable, ce qui a suscité une première discussion quant à la nature des accords dérogatoires. En effet, une telle mesure n'est pas sans altérer l'un des caractères essentiels de la loi : la généralité, c'est-à-dire la vocation à s'appliquer à tous, sans

¹ En réalité, c'est une ordonnance du 27 septembre 1967 (*JO* 28 septembre, p. 9557) relative à l'aménagement des conditions de travail en ce qui concerne le régime des conventions collectives, le travail des jeunes et les titres restaurant qui, pour la première fois, ouvre la faculté aux partenaires sociaux de déroger aux décrets relatifs à l'aménagement et à la répartition des horaires. Somme toute limitées, ces facultés de déroger n'ont pourtant pas été exploitées.

² Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, *JO* 20 janvier 2000, p. 766.

³ Par exemple, l'article L. 1243-9 du Code du travail permet de limiter le montant de l'indemnité de précarité dans certaines conditions.

⁴ Par exemple, l'article L. 3324-5 du Code du travail permet d'écarter le principe de répartition proportionnelle de la réserve spéciale de participation entre les salariés selon la rémunération perçue au profit d'une répartition uniforme calculée selon la durée de présence dans l'entreprise.

⁵ La loi n° 2009-974 du 10 août 2009 a sensiblement modifié les hypothèses de dérogation au principe du repos dominical, et même créé une nouvelle dérogation dans les unités urbaines de plus d'un million d'habitants au sein desquelles « les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services » à la condition qu'ils se situent « dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel » (*JO* 11 août 2009, p. 13313).

⁶ Anciens articles L. 132-13, L. 132-23 et L. 132-19-1 du Code du travail.

⁷ Par exception aux autres articles, l'ancien article L. 132-4, alinéa 2, vise toute mise à l'écart de la loi, favorable ou défavorable aux salariés. Les autres utilisent en effet le substantif « dérogation » ou l'adjectif « dérogatoire » pour traduire le contenu conventionnel défavorable aux salariés. Notons par ailleurs que le mot « dérogation » n'apparaît plus lorsque l'accord « inférieur » peut améliorer le contenu de l'accord « supérieur » (BOCQUILLON F., « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803, spéc. p. 807).

⁸ Anciens articles L. 153-1 et L. 212-10 du Code du travail pour lesquels « le non-respect d'un accord dérogatoire est passible des mêmes sanctions que la violation des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles il est déroger » (Cf. BOCQUILLON F., *op. cit.*, spéc. p. 807).

distinction, à toutes les situations qu'elle régit¹. Or, il ne s'agit là, comme de la supplétivité, que d'un tempérament à cette qualification qui ne l'altère finalement en rien ; c'est parce que la loi ne peut régir de façon uniforme des situations concrètes très variées, qu'elle entend régler spécialement certaines activités de façon détaillée². Cette critique rapidement évacuée, la notion de dérogation attise pourtant les foudres de la doctrine travailliste. Certains y voient l'amorce de « mutation(s) considérable(s) dans le droit du travail »³, d'une hypertrophie qui conduirait le droit du travail à son déclin⁴ ou « d'une fracture dans l'univers normatif auquel sont accoutumés les juristes du travail »⁵. Pour quelles raisons ?

Rappelons schématiquement la manière dont ont été envisagés les accords dérogatoires. En 1982⁶, la dérogation conventionnelle s'organise selon trois modes. Le premier en voie d'extinction prévoit que l'accord d'entreprise prend le relais d'un accord de branche étendu. Le deuxième, permettant à l'accord dérogatoire professionnel de s'appliquer directement dans l'entreprise, s'efface progressivement au profit du troisième selon lequel l'accord d'entreprise suffit à mettre en œuvre la dérogation. En effet, la loi du 4 mai 2004⁷ a largement déplacé le niveau de dérogation conventionnelle en ouvrant quatorze nouveaux domaines au seul jeu d'accord collectif d'entreprise.

Désormais, il n'existe plus de dépendance de principe entre les accords de branche et ceux couvrant un champ d'application plus large. L'objectif traditionnel d'amélioration des droits conventionnels n'est obligatoire qu'en présence d'une clause explicite aux termes de l'article L. 2252-1 du Code du travail. C'est le cas par exemple dans l'Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail (article 12). Et d'ajouter la circulaire du 22 septembre 2004 : « Lorsque l'accord est silencieux [...], ses clauses revêtent un caractère supplétif et les accords de niveau inférieur peuvent librement y déroger »⁸. Autrement dit, l'accord interprofessionnel acquiert une valeur supplétive en l'absence de stipulations particulières. Cette qualité s'explique surtout à partir des modalités de mise en place de la représentation collective lors de la conclusion des accords dérogatoires, notamment depuis la loi du 20 août 2008⁹.

¹ GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 317.

² *Ibid.*

³ BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail ou la légitime défense du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171.

⁴ REVET Th., « L'ordre public en droit du travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.

⁵ JAVILLIER J.-Cl., *Droit du travail*, LGDJ, 7^{ème} éd., 1999, p. 151.

⁶ Nuançons toutefois le propos dans la mesure où les accords dérogatoires n'ont pas la même envergure qu'à l'heure actuelle en raison de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 et du 20 août 2008.

⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

⁸ Point 1.3.1 de la fiche n° 2 de la circulaire du 22 septembre 2004.

⁹ Cf. supra.

Dès lors, une grande partie de la doctrine établit un lien étroit ¹ entre les techniques de dérogation et de supplétivité, considérant même que la dérogation contribue à transformer la force juridique de la règle à laquelle il est dérogé qui, d'impérative, devient supplétive ². Par exemple, selon Jacques Barthélémy, la dérogation « fait de la loi une solution supplétive de l'accord » ³. Ou encore, le Professeur Alain Supiot affirme que c'est la supplétivité qui ouvre « la possibilité de conclure des accords dérogatoires, de branche ou d'entreprise » ⁴.

La confusion des deux notions ne fait aucun doute, mais elle n'est pas totale : « la règle légale dérogeable, tout en fixant un contenu normatif qui représente la référence, autorise dans certains cas et à certaines conditions à faire différemment ; la règle légale supplétive s'efface derrière la règle conventionnelle, qui est en quelque sorte promue comme devant représenter la référence normative » ⁵. Cela signifie que la dérogation ne peut se concevoir sans une autre règle de référence sur laquelle elle repose puisqu'elle s'y substitue ⁶, tandis que la supplétivité n'intervient précisément qu'en l'absence d'une autre source juridique, pour pallier un silence. Soit la règle qui supporte la dérogation reste impérative et conserve, le cas échéant, son caractère d'ordre public ; soit la règle qui propose la supplétivité n'a plus de caractère impératif et ne vient que pallier son éventuelle carence ⁷.

En définitive, même si une telle précision doit être apportée, les techniques de supplétivité et de dérogation permettent toutes deux d'élaborer des règles différentes dans les limites que la loi fixe elle-même. À notre sens, il s'agit là plus d'une nuance que d'une véritable différence entre supplétivité et dérogation, ou devrait-on dire dérogeabilité. Il convient d'observer que l'on parle indifféremment d'« ordre public dérogatoire » ⁸ ou d'« ordre public dérogeable » ⁹ pour embrasser de manière large le mécanisme, même s'il est

¹ Même si l'association est due à l'ignorance de la dimension technique de la dérogation (BOCQUILLON F., « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803, spéc. p. 807).

² Cf. ROBINEAU Y., *Loi et négociation collective*, La documentation Française, 1997, p. 20 ; GAUDU FR., « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p. 363.

³ BARTHÉLÉMY J., « Durée du travail », *J. Cl. Travail*, 1995, Fascicule 21-10, n° 1, p. 3.

La version remaniée va dans le même sens : par la dérogation, le législateur organise « la supplétivité du règlement à l'égard de l'accord collectif » (MORAND M., « Temps de travail », *J. Cl. Travail*, 2002, Fascicule 21-10, n° 1, p. 2).

⁴ SUPIOT A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59, spéc. p. 63.

⁵ FROSSARD S., « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

⁶ Soulignons à ce propos l'abandon du projet de substituer un acte négocié à l'acte réglementaire de l'employeur (Cf. PÉLISSIER J., « Le règlement intérieur et les notes de services », *Dr. soc.* 1982, p. 75).

⁷ TISSANDIER H., « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 109, spéc. p. 113 ; BORENFREUND G. et SOURIAU-ROTSCHILD M.-A., « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72, spéc. p. 82.

⁸ PETIT FR., « L'ordre public dérogatoire », *RJS* n° 5/07, p. 391.

⁹ GAUDU FR. et VATINET R., *des contrats, Les contrats de travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 7.

vrai que la seconde occurrence traduit mieux cet ordre public de « troisième type »¹. Nous l'avons dit, la règle légale n'est pas en soi dérogatoire, bien au contraire elle supporte la dérogation. Elle peut la permettre². Il s'agit juste d'une capacité à déroger aux règles, d'où cette appellation plus appropriée de « dérogeabilité ». Cependant, par commodité d'usage, nous retenons indifféremment les termes de « dérogation » et de « dérogeabilité » pour regrouper tous les procédés d'aménagement de la règle de principe³. Dans tous les cas, force est de reconnaître que la dérogation est fondamentalement liée aux lois supplétives.

La dérogation a-t-elle un effet subversif sur l'ordre juridique établi ? La réponse est ambivalente : positive au sens où elle renverse la pyramide des normes, négative au sens où elle ne la détruit en rien. La hiérarchie demeure ; elle demeure conditionnée par la primauté dont seule la finalité aurait changé. D'un sens favorable à un sens auquel indiffère la faveur, la pyramide bascule. En autorisant la dérogation, le législateur substitue à un concours de normes applicables un nouveau type de rapport dans lequel la norme inférieure, dès lors qu'elle déroge, a seule vocation à s'appliquer.

Tous les repères de l'ordre public sont bousculés par un recours accru aux mécanismes de dérogation. Alors que traditionnellement les conventions et accords collectifs servent à compléter la loi ou à l'améliorer, ils vont ici permettre de l'écarter. Leur objet serait de servir l'entreprise selon Florence Canut, au point de considérer qu'ils permettent une déréglementation du droit du travail⁴. L'ampleur du phénomène est telle que des auteurs soutiennent que du fait de sa répétition, la dérogation devient la règle, à tout le moins une règle de valeur égale au principe⁵. La formule est significative mais ne confondons pas le fait et le droit ; ce n'est pas la dérogation en elle-même qui permet de la qualifier ainsi, c'est la circonstance que le législateur multiplie ses champs d'application.

¹ SOURIAU-ROTSCHILD M.-A. et BORENFREUND G., « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 181.

² BOCQUILLON F., « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803, spéc. p. 805.

³ Soulignons par exemple que le Doyen Gérard Cornu compte la dérogation parmi l'énumération des « mots-clés du vocabulaire de base » (CORNU G., *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 2^{ème} éd., 2000, p. 76).

⁴ CANUT FL., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, p. 244, n° 491.

⁵ BONNECHÈRE M., « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11.

CONCLUSION DU TITRE 1

Les parties à la relation de travail, comme les partenaires sociaux ainsi que le législateur, peuvent donc saisir abondamment la portée de l'effet impératif des règles juridiques. Il a été démontré que le périmètre de l'ordre public varie selon des conditions tenant à la matière, à l'espace et au temps¹. C'est dire si son contenu est variable puisqu'il est fonction de ce que la société, à un moment donné, estime suffisamment important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général.

Toutefois, cette variabilité dans le détail n'exclut pas une permanence, ni un mouvement irréversible. En vérité, « seul est en recul le principe d'un minimum impératif uniforme pour tous : le principe d'un minimum impératif demeure mais son contenu devient en partie variable »². Il est dit que le minimum commun à tous est remplacé par un minimum équivalent pour tous³, et ce dans le souci d'une meilleure adaptation des règles à la réalité du marché. Celles-ci deviennent de plus en plus variables sur le plan de la compétitivité entre entreprises de par leur nature supplétive⁴.

En somme, l'opposition orthodoxe de la contrainte et de la liberté, que révèlent les caractères impératif et supplétif d'une règle juridique, demeure la référence pour en mesurer l'intensité en droit du travail. Tantôt la force juridique est accentuée parce que la règle impérative est d'ordre public, tantôt elle est atténuée parce que la règle supplétive donne la possibilité de choisir entre deux règles applicables. C'est précisément la nature de l'effet d'une règle qui affecte sa force juridique sans pour autant perdre sa force obligatoire : il demeure impossible de disposer d'une règle impérative, possible de disposer d'une règle obligatoire, prévu de disposer dans une règle supplétive.

¹ CHALARON Y., « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243 ; TERRÉ FR., « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

² REVET Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.

³ *Ibid.*

⁴ FROSSARD S., « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

TITRE 2

UNE ARTICULATION « GLOCALE »

L'articulation des règles en droit du travail tend à devenir « globale ». L'adjectif a de quoi surprendre le juriste, mais pas le sociologue, ni l'économiste, pour qui la notion semble ne plus avoir de secret. En effet, le mot est original, mais il n'est pas nouveau. Selon les recherches du sociologue Roland Robertson¹, l'idée aurait été introduite au Japon pour expliquer l'adaptation des techniques agricoles aux conditions locales, sous le terme « dochakuka » que l'on traduit par « indigénisation », par l'action d'intégrer en quelque sorte les autochtones grâce à l'exploitation de leur richesse².

Puis, le terme « glocalisation » s'est répandu pour souligner la crainte que les cultures locales soient submergées par une dimension « globalisante ». Il apparaît notamment dans les années 1980 lors de la parution d'articles d'économistes japonais dans la *Harvard Business Review*³. Une percée conceptuelle s'est alors engagée : en termes économiques, la « glocalisation » signifie faire du micromarketing, c'est-à-dire viser des traditions locales de consommation à partir d'une conception globale de la production et de la distribution du produit⁴ ; en termes publicitaires, elle permet de déterminer en quoi les particularités socio-

¹ ROBERTSON R., « Comments on the “Global Trid” and “Glocalization” », in *Globalization and Indigenous Culture*, Inoue Nobutaka, General editor, Institute for Japanese Culture and Classics, Kokugakuin University, 1997 (<http://www2.kokugakuin.ac.jp/ijcc/wp/global/15robertson.html>) : « The articles written [in the *Harvard Business Review*] in that period of the late '80s by Japanese economists sometimes employed the word “glocalization”, which is usually rendered in Japanese [...] as dochakuka. This is a word, incidentally, which has played and increasingly important part in my own writings, recently, about globalization. Because “glocalization” means the simultaneity – the co-presence – of both universalizing and particularizing tendencies ».

² Il ne faut pourtant pas confondre « glocalisation » et « intégration » : la première consiste à standardiser et s'adapter en même temps, la seconde à faire coexister des valeurs parfois contradictoires.

³ <http://hbr.harvardbusiness.org/>

⁴ Par exemple : KEEGAN W. J. et GREEN M. C., *Global Marketing*, Upper Saddle River : Prentice Hall, Fifth Edition, 2008.

économiques des marchés émergents imposent aux entreprises étrangères une approche plus ciblée de leur communication internationale ¹.

L'idée a également surgi de manière ponctuelle dans les sciences politiques ². Toutefois, la sociologie est sans doute la discipline la plus inclusive de la « glocalisation » ³. Citons à nouveau le sociologue Roland Robertson qui, en s'appuyant sur les écrits de son confrère Blaise Galland ⁴, a valorisé les dimensions sociales et culturelles de la globalisation, et rendu ainsi l'expression de « glocalisation » plus complète et plus précise. Tout autant sensible à cette problématique, le Professeur Arjun Appadurai a été précurseur dans la conceptualisation de la « glocalisation » lors de ses études anthropologiques ; il met l'accent sur les réappropriations culturelles notamment lors des conflits pendant la colonisation.⁵

Au regard de l'intérêt suscité par ces disciplines, une question se pose : pourquoi le droit ignore-t-il la « glocalisation » ? Le concept est en soi connu, mais souvent sous une autre terminologie oscillant entre mondialisation et globalisation. Par exemple, le Professeur Marie-Ange Moreau fait le choix d'utiliser le terme « mondialisation » après en avoir expliqué les différentes phases historiques dans lesquelles elle intègre l'idée de globalisation. Celle-ci serait la dernière de ces phases dans laquelle prédomine la dimension financière. Pour l'annoncer, elle précise que la multiplicité des facteurs sociaux de la mondialisation montre que c'est la force du changement qu'il convient d'encadrer en raison de sa double dimension locale et globale. Et ce n'est qu'en bas de page de cette annonce qu'elle souligne que le phénomène est parfois résumé en un mot : « glocal » ⁶.

De fait, aucun juriste ne se l'approprie réellement. Pourquoi le faire alors ? Parce que le modèle, sur lequel s'est construit le droit du travail, s'est trouvé fragilisé par la mondialisation dont la systématisation doctrinale demeure controversée. Si les auteurs

¹ Par exemple : BOUTIN A. et GASTON-BRETON C., « Segmentation et stratégies de communication dans les marchés émergents : une approche croisée des concepts de pyramide économique et d'acculturation », *Décisions Marketing*, juillet-décembre 2006, n° 43-44, p. 79.

² Pour une synthèse : CULPEPPER P. D., HALL P. A. et PALIER B., *La France en mutation 1980-2005*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006.

³ Preuve en est la consultation des revues sociologiques : <http://socio-anthropologie.revues.org/>

⁴ Le Professeur Blaise Galland de l'Université de Genève définit la « glocalisation » ainsi : « le processus double par lequel la ville se décharge de sa fonction de production, d'échange et de traitement de l'information en la déplaçant dans le cyberspace, tout en développant, conséquemment, de nouvelles formes d'organisations socio-spatiales au niveau local » (GALLAND B., « De l'urbanisation à la "glocalisation", L'impact des technologies de l'information et de la communication sur la vie et la forme urbaine », in *The Impacts of Information Technologies On Urban Form And Life*, Monte Verita, Ascona, 1995, p. 2).

⁵ APPADURAI A., « The production of Locality », in *Religion in the Process of Globalization*, Éd. P. Beyer, 2001, p. 99 (www.appadurai.com).

⁶ MOREAU M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006, p. 22.

s'accordent sur le caractère ancien du phénomène ¹, leurs explications diffèrent en raison de sa connotation économique trop marquée. Reprenons à notre compte l'analyse développée depuis 2000 par Charles-Albert Michelet ² afin de justifier notre choix. Cet auteur décrit le lien entre les différentes configurations ³ de la mondialisation de l'économie et l'adaptation des règles du droit du travail. Il s'agit pour nous de les analyser les unes après les autres, afin d'en démontrer l'insuffisance à caractériser l'articulation contemporaine des règles en droit du travail que l'on souhaite qualifier de « globale ». Elles sont au nombre de trois : la configuration internationale, multinationale et globale.

Dans un premier temps, la configuration internationale a permis d'appréhender le commerce mondial selon les différences de productivité existantes d'un pays à l'autre. Elle vaut jusqu'aux années 1960 durant lesquelles on parlait encore de « commerce extérieur », puisque l'État reste maître de la politique commerciale et garantit le développement économique de son territoire. Dès lors, elle se caractérise par l'accroissement des échanges au-delà des frontières, sans nier la différence entre les systèmes juridiques. Autrement dit, les règles s'appliquent dans le respect des souverainetés nationales. Cette configuration pourrait se concevoir, d'autant que les juristes sont familiers de l'expression d'« internationalisation ».

Preuve en est sa définition dans les dictionnaires juridiques : l'internationalisation peut être définie comme « l'intervention, sollicitée ou non, d'États tiers ou d'organismes internationaux dans une affaire qui jusque-là ne relevait pas de la communauté internationale » ⁴. Des auteurs n'hésitent pas à l'employer pour expliquer que des « flux passent d'une nation à une autre sans que les échanges ne relèvent du droit national ni du droit international » ⁵. L'internationalisation supposerait donc l'existence de rapports nécessaires entre les États délimités par leurs frontières, ce que l'économie défie précisément en libéralisant les échanges. Les activités économiques ne sont plus appréhendées comme le fruit d'un commerce interétatique, mais comme le fruit du libre échange. Et c'est pour cette raison que l'approche internationale de l'ordre juridique est insuffisante à traduire la variabilité de l'articulation des règles en droit du travail.

¹ COHEN D., *La mondialisation et ses ennemis*, Hachette Littérature, 2004 : « la mondialisation actuelle n'est que le troisième acte d'une histoire commencée il y a un demi-millénaire ».

² MICHALET C.-A., *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2002 ; « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche juridique », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de C. KESSADJIAN et E. LOQUIN, Litec, 2000, p. 11.

³ Ce sont les mêmes configurations que le Professeur Marie-Ange Moreau repropose pour sa démonstration : « il ne s'agit pas seulement d'étapes historiques [...] mais de structures d'organisations et de pouvoirs qui en fait se superposent » (MOREAU M.-A., *op. cit.*, p. 23).

⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V^o « Internationalisation ».

⁵ ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 20, 2^{ème} éd., 2004, p. 23.

Dans un deuxième temps, la configuration est multinationale parce que l'accent est mis sur les investissements réalisés par les entreprises étrangères. En effet, à partir des années 1970, l'activité économique ne peut plus être réduite aux territoires nationaux ; les stratégies commerciales traversent les espaces. Se développe alors un réseau d'entreprises par différents modes d'implantation tels que les filiales, les sous-traitants, les franchises ou encore les concessions. Le marché de référence est désormais l'espace transnational pour lequel a été conçu la *Lex Mercatoria*, et à partir duquel les multinationales sont amenées à jouer de leurs avantages comparatifs, en formant un ensemble de règles autonomes au-delà du pouvoir étatique.

Il ne s'agit pas ici de débattre du fondement d'un tel ordre juridique professionnel largement controversé, mais d'affirmer si oui ou non ce corpus variable de règles constitue une première réponse juridique à la mondialisation de l'économie. L'affirmative est tentante en raison de l'existence d'un cadre juridique, variablement régulée par des organismes internationaux comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC) par exemple. Cependant, un tel ordre professionnel se caractérise essentiellement par une autorégulation maîtrisée des acteurs économiques, aucune intervention étatique n'étant requise. Or, on l'a vu en première partie, le droit du travail repose sur un droit imposé, certes devenu fade, mais pas moins négligeable. Par conséquent, la configuration multinationale ne répond qu'imparfaitement à la traduction juridique de la mondialisation de l'économie. Elle n'est *a priori* qu'une réponse partielle.

Dans un troisième temps, la configuration est dite « globale » au sens où elle fait converger les marchés en vue d'accélérer les flux de capitaux. Credo libéral d'origine anglo-saxonne, la globalisation provoque alors un brassage des ordres juridiques distincts, en préconisant l'allègement des réglementations étatiques. On recherche des normes plus flexibles au nom d'une rentabilité maximale des capitaux investis à l'étranger, au nom de l'efficacité économique. Et le développement des technologies de l'information et de la communication y contribue fortement, à tel point qu'on désigne la globalisation comme « la compression de l'espace et du temps »¹, c'est-à-dire qu'elle affuble le marché d'un nouveau type d'espace et de temps virtuel. Par exemple, le commerce nécessitant moins la présence physique des salariés, les techniques de l'information et de la communication leur permettent d'être omniprésents et d'agir de manière instantanée.

¹ HARVEY D., « Time-Space Compression and the Postmodern Condition », in *The Global Transformation Reader*, D. Held and A. McGrew, Polity Press, 2000, p. 82.

Dès lors, la configuration globale est considérée comme la manifestation de « l’extension du modèle du marché »¹, et ce au détriment de la dimension sociale du travail. C’est pourquoi, des auteurs² se sont ingéniés à la distinguer de la « mondialisation » qui se définit plus largement : c’est « le fait de devenir mondial, de se répandre dans le monde entier »³ à travers tous les aspects économiques, politiques, culturels et sociaux des territoires. Tandis que la globalisation désigne un processus unicausal se réduisant à une idéologie teintée de déterminisme économique, la mondialisation décrit un processus multidimensionnel mettant l’accent sur la subjectivité, sans être circonscrit dans un espace déterminé. C’est donc à juste titre, qu’une partie de la doctrine privilégie l’emploi de l’expression « mondialisation », certes considérée comme descriptive, mais déchargée de toute charge idéologique. De ce fait, nous estimons là encore que la configuration est inadéquate.

En somme, si les trois raisonnements soulignent l’interaction variable de chaque configuration avec les normes sociales, ils mettent aussi en évidence leur insuffisance à traduire juridiquement l’impact de la mondialisation de l’économie sur les relations de travail. En effet, d’un côté, les trois configurations influencent la mise en œuvre des règles du droit du travail sur les activités qu’elles régissent ; de l’autre côté, aucune ne permet exactement la concordance des champs d’application de la norme avec l’activité qu’elle régit.

Néanmoins, ne décèle-t-on pas les prémisses d’un ordre juridique dans la dernière conception ? Il est vrai que la configuration globale paraît s’en approcher dans la mesure où elle n’est pas un phénomène situé « au-dessus des systèmes nationaux »⁴ à l’instar des autres configurations ; elle traverse les systèmes juridiques en faisant produire ses effets à tous les niveaux. Plutôt que les ignorer ou y résister, elle s’y adapte à l’échelle locale.

La doctrine s’accorde sur ce point : la globalisation s’accompagne « en contrepartie, d’une attention portée aux processus locaux, sans l’étude desquels le processus global serait mal compris »⁵. C’est un processus contrapuntique⁶ par lequel le droit local serait directement influencé par la dimension globale, un mouvement continu de balancier

¹ Cf. LYON-CAEN A. et JEAMMAUD A., « Présentation », in *Le droit du travail à l’épreuve de la globalisation*, sous la direction de A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 3.

² Par exemple : « *le Droit n’est plus seulement international comme résultant de conventions entre États, mais mondial parce qu’issu de groupes non rattachés à un État particulier* » (LYON-CAEN G., *Le droit du travail – Une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, p. 85).

Soulignons toutefois que le débat sémantique opposant « globalisation » et « mondialisation » n’existe qu’en France. Toutes les autres langues n’utilisent que le terme de « globalization » pour traduire le phénomène.

³ *Le petit Robert*, V° « Mondialisation ».

⁴ AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l’État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, p. 21.

⁵ ARNAUD A.-J., *op. cit.*, p. 35.

⁶ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 107 et suivantes.

aboutissant à une « interdépendance originale de systèmes juridiques établis à différentes échelles »¹ qu'il est impossible d'occulter. La globalisation n'a de sens que si elle est construite à partir des réalités locales. Deux auteurs ont même affirmé que la double impulsion globale et locale se combine au point de se cristalliser en une véritable « régulation mixte » : d'une « vue d'en haut » se décline une « vue vers le bas »². Quasi-unanime dans l'explication, la doctrine demeure toutefois partagée quant à la détermination du concept juridique. Par exemple, le Professeur André-Jean Arnaud s'interroge sur le point de savoir s'il s'agit d'un « globalisme localisé ou d'un localisme globalisé ? »³ Le paradoxe aidant, il nous paraît difficile de trancher cette question.

De multiples théories s'élaborent, et il est permis de se demander s'il est opportun de continuer à utiliser le terme « globalisation ». En effet, l'adjectif « global » ne fait qu'une référence implicite à la localisation, son antonyme, sans lui approprier son rôle dialectique dans la dynamique de la globalisation. Le local est trop sous-entendu dans la globalisation, pour laquelle il n'est pas un élément de sa définition, mais une déduction explicative. Or, le global et le local sont « encapsulés »⁴.

Afin d'éviter le confinement de la globalisation à sa seule composante globale, nous souhaitons, à la lumière des autres disciplines, fondre l'antinomie entre le local et le global en privilégiant l'emploi du terme « glocalisation »⁵. Selon nous, les règles se déplacent vers des espaces élargis, mais elles ne désavouent pas pour autant l'entreprise et ses salariés ; ce sont les particularités locales que l'on cherche à valoriser globalement, les droits des salariés que l'on cherche à garantir globalement. L'articulation « glocale » des règles consiste à allier les tendances globales du marché aux réalités locales de l'entreprise.

La mondialisation de l'économie favorise les stratégies fondées sur la recherche d'avantages comparatifs des entreprises et des États eux-mêmes. C'est-à-dire que les multinationales prennent en considération soit le coût du travail, soit l'état du marché pour accroître leur compétitivité. Les pressions concurrentielles sont telles que les dérives sont des réalités que le droit du travail français tente d'encadrer. Force est de constater que les réponses à ces initiatives entrepreneuriales sont variables. Divers processus témoignent de la

¹ C'est un « véritable continuum entre global et local » (LÉONARD E. et DION D., « Quelle régulation de la flexibilité, entre global et local », in *La société flexible, Travail, emploi, organisation en débat*, sous la direction de M. de NANTEUIL-MIRIBEL et A. EL AKREMI, Erès, 2005, p. 317, spéc. p. 337 et suivantes).

² *Ibid.*

³ ARNAUD A.-J., *op. cit.*, spéc. p. 37.

⁴ LÉONARD E. et DION D., *op. cit.*, p. 337.

⁵ Il est préférable d'employer l'expression de « glocalisation » dans la mesure où elle suppose l'enchevêtrement du global et du local, au détriment de celle de « globallocalisation » parfois utilisée qui ne suppose que la succession des deux phénomènes.

tendance à concevoir l'entreprise « globalement », c'est-à-dire autant composée localement de salariés individualisés auxquels il faut garantir le respect des droits et libertés, que constitutive globalement d'une entité juridique soustraite aux exigences du marché mondial.

Notre démarche consiste alors à mettre en exergue cette combinaison des règles du droit du travail applicable en France. À ce titre, deux processus variables attirent particulièrement notre attention : la financiarisation (Chapitre 1) et la responsabilisation (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UN PROCESSUS DE FINANCIARISATION

La financiarisation désigne l'effort de déréglementation et de libéralisation en vue de la constitution d'un immense marché mondial bâti autour des grandes places financières internationales. Forme inédite du capitalisme, rendue possible par la convergence de la globalisation des économies et des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la financiarisation aurait pourtant vocation à rendre « globale » l'articulation des règles du droit du travail.

Le premier sujet affecté par la financiarisation est l'entreprise. Devenue multinationale, elle est l'objet de montages financiers qui se superposent aux structures productives ; et c'est naturellement que l'ingénierie financière s'est trouvée doublée d'une ingénierie juridique dont l'objet est de sécuriser ces montages. L'entreprise fait désormais partie d'un groupe de sociétés pour lequel l'important est sa cote en Bourse.

Les actionnaires sont dès lors les nouveaux décideurs de l'entreprise, ceux qui commandent les restructurations, gèrent le personnel de l'entreprise. Parmi eux, de plus en plus de salariés ont droit de cité grâce aux différentes réformes leur permettant d'accéder à ce que l'on appelle l'épargne salariale.

Ces circonstances, touchant l'entreprise et les salariés qu'elle compose, nous conduisent à retenir la même dichotomie dans notre explication du processus de financiarisation. Cette dernière, par nature globale, voit en effet son cadre juridique localiser variablement l'entreprise (Section 1) et le salarié (Section 2).

SECTION 1

LA FINANCIARISATION DE L'ENTREPRISE

L'examen des relations entre la mondialisation de l'économie et le droit du travail fait apparaître un processus de financiarisation de l'entreprise. C'est l'entreprise elle-même qui se décompose au point de se dissoudre dans les marchés financiers. Elle est repensée dans ses dimensions organisationnelles, productives et humaines en vue de la cession de la société, et non pour l'améliorer de manière pérenne en tant qu'outil de création d'emplois. Tout indique que l'outil de production (§ 2), comme la force de travail (§ 1), se dématérialisent.

§ 1. La dématérialisation de la force de travail

Si la force de travail est déjà en soi dématérialisée en droit du travail ¹, elle l'est encore plus du fait de l'articulation « globale » des règles. En pratique, le droit du travail subit assurément la pression du marché sur les conditions de la relation de travail, respectivement sur les conditions d'emploi (A) et de travail (B).

A. Conditions variables d'emploi

Le marché financier accueille favorablement les décisions de gestion qui en diminuant le coût de l'emploi génère mécaniquement une rentabilité accrue de l'entreprise, à tout le moins à court terme. Cette dernière est plus compétitive et dope ainsi son cours en Bourse. Autrement dit, l'entreprise réduite à une représentation chiffrée détachée des réalités : l'outil de production est transférable à l'infini, en tout ou partie, indépendamment des contraintes de sa réalité physique. Le support par excellence de cette articulation « globale » des règles du droit du travail en matière d'emploi est le contrat de travail.

¹ REVET Th., *La force de travail (étude juridique)*, Litec, F.N.D.E., coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Tome 28, 1992.

En effet, le droit du travail attribue à l'employeur une liberté de choix dans les rapports du travail, qui conduit à segmenter la situation des travailleurs selon leur qualification, leur âge ou leur secteur d'activité. Le choix du contrat dépendra de la nature de la tâche à accomplir, de l'identité de la personne candidate, du moment de la conclusion du contrat, de la durée de son exécution, voire de la capacité de l'entreprise. L'éventail des formules contractuelles par lesquelles l'entreprise peut procéder au recrutement d'un salarié est donc largement ouvert, et ce dans l'objectif de l'optimisation des coûts salariaux. Les caractéristiques du contrat de travail varient au gré des capacités et des besoins des parties à la relation de travail. Ce contrat propre à la relation de travail est considéré comme l'outil de gestion privilégié de la performance économique des entreprises ; il est l'outil de référence dans la gestion des effectifs. Deux catégories de formules sont systématisées par la doctrine : celles de l'embauche proprement dite et celles de substitution.

D'une part, l'employeur peut recourir à une formule d'embauche en recrutant directement son personnel salarié grâce à la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée, l'un comme l'autre pouvant être conclu à temps complet ou à temps partiel¹. Un choix est alors possible entre les différents contrats proposés par le Code du travail, mais parfois sous certaines conditions. On pense particulièrement à la loi du 12 juillet 1990 qui revient sur les cas dans lesquels un contrat à durée limitée peut être conclu : le remplacement des salariés absents, l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, l'emploi saisonnier², la conclusion en vue de « favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi [...] et] lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans les conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié »³.

En outre, l'employeur a la possibilité d'accéder à des formes particulières de contrats de travail dits aidés, en fonction de l'âge du candidat, de ses difficultés à retrouver un emploi ou des engagements de formations souscrits. Soucieux de réduire le chômage en incitant les employeurs à recruter, le législateur s'est d'ailleurs efforcé de clarifier le dispositif dans la loi du 4 mai 2004⁴. Son ambition est de développer l'emploi dans tous les secteurs, même s'il

¹ Cf. AMIRA S. et DE STEFANO G., « Contrats à durée déterminée, intérim, apprentissage, contrats aidés : les emplois à statut particulier ont progressé entre 1982 et 2002 », *Premières synthèses*, n° 14.2, avril 2005 ; GADREY J., « Le temps partiel comme discrimination », *Politis*, 24 janvier 2007.

Encore faut-il préciser les modalités variables d'embauche : la période d'essai se transforme en période de consolidation dans le contrat nouvelles embauches par exemple.

² Cf. article L. 1242-2 du Code du travail.

³ Article L. 1242-3 du Code du travail.

⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

visé expressément un public spécifique, qu'il s'agisse de l'entreprise concernée ou du salarié intéressé.

Les circonstances ne manquent donc pas à l'employeur pour lesquelles il peut s'assurer de la présence des salariés pendant la durée nécessaire à la satisfaction des besoins de l'entreprise. Cette variabilité des types de contrats de travail est en réalité le fruit de « politiques d'emploi erratiques faisant place à une recherche plus ou moins constante et avouée de flexibilité dans l'usage de la force de travail »¹ ; la conclusion d'un contrat de travail n'est pas toujours synonyme d'emploi stable, mais souvent d'emploi dit précaire, car en réalité les règles limitant le recours aux différents contrats spéciaux de travail sont inégalement respectées, voire ineffectives. Dépourvus des contraintes des formules traditionnelles d'embauches, les contrats sont pourtant considérés comme attractifs en termes de disponibilité de la main d'œuvre.

La norme a la capacité à accompagner l'entreprise en vue de recourir au personnel dont elle a besoin², à l'instant où elle en a besoin, pour le temps nécessaire à la satisfaction de son activité³. En somme, s'il est vrai qu'un contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans des cas limitativement énumérés par le législateur, les situations visées par ce dernier sont suffisamment nombreuses et, pour certaines, définies de façon suffisamment souple pour que ce type d'accord puisse être assez fréquemment utilisé.

D'autre part, l'entreprise peut recourir à des travailleurs qu'elle n'embauche pas elle-même mais qui sont mis à sa disposition par des tiers, notamment par une entreprise de travail temporaire. Ici encore, si le recours à des travailleurs temporaires ne peut intervenir que dans des cas limitativement énumérés par le législateur, ils sont assez nombreux et, pour certains, définis de manière assez vague⁴ pour que l'utilisation de cette formule ne souffre pas de trop sérieuses entraves.

¹ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 713.

² Les fluctuations des effectifs s'opèrent « *en fonction des besoins* » et « *en tant que de besoin* », (LE GOFF J., *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2004, p. 486).

³ Accompagner l'entreprise pour adapter le volume des activités et en conséquence ses effectifs en fonction des variations de la conjoncture économique que ce soit par le jeu de dispositifs d'ordre individuel ou collectif, à mettre en place des dispositifs de nature à accroître la productivité des salariés, à maintenir la paix sociale, conçue comme un facteur de productivité, et à traiter rapidement les conflits apparus, notamment ceux à caractère collectif (Cf. TEYSSIÉ B., « À propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, sous la direction de G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2005, p. 69).

⁴ L'article L. 1251-6 du Code du travail vise, entre autres, le « *remplacement d'un salarié en cas d'absence* » ou encore un « *accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise* ».

Ces formules dites de substitution¹ permettent la mise à disposition de la main d'œuvre dans une optique de rationalisation de la gestion d'entreprise, et offrent une souplesse inattendue pour interrompre la relation de travail². Ainsi extériorisée, cette dernière se transforme en droit de créance contre une personne morale chargée de délivrer une prestation de service, dont il est plus facile de délier que de gérer une activité économique en même temps que gérer son personnel exécutant.

L'horizon n'est plus à la stabilité de l'emploi qu'assure l'État sur son territoire, mais à la variabilité que décident les acteurs économiques dans la gestion de l'entreprise, conditionnés par le marché financier. L'objectif d'investissement a changé : la société est désormais valorisée en vue de sa cession. C'est une valorisation de l'entreprise à court terme par une diminution des coûts, une rationalisation de l'organisation, un resserrement des niveaux hiérarchiques, une informatisation des instruments de l'entreprise, un redécoupage des activités de l'entreprise, etc. L'emploi devient une valeur échangeable.

Sur ce point, les restructurations d'entreprises en sont une illustration significative : on redistribue les activités de l'entreprise en fonction de secteurs prédéfinis, en procédant notamment à des licenciements économiques massifs. Le procédé est tel qu'il nous conduit à redéfinir ceux-ci en « licenciements boursiers ». L'évolution du cours de l'action devenant le principal indicateur de la bonne gestion des entreprises, les décisions stratégiques des chefs d'entreprise sont prises en fonction de cet objectif : lorsqu'ils licencient, l'entreprise cotée dope son cours en Bourse, et dématérialise ainsi la force de travail.

Au final, la variabilité consiste à moduler le volume de la main d'œuvre en ajustant les règles d'embauche et de rupture du contrat de travail. L'éventail des formules contractuelles par lesquelles l'entreprise peut procéder au recrutement d'un salarié est largement ouvert, ainsi que celui des modes de ruptures. À une telle variabilité des conditions d'emploi des salariés s'ajoute une variabilité des conditions de leur travail.

B. Conditions variables de travail

D'une situation à une autre, les relations de travail peuvent varier : chaque partie au contrat peut proposer des changements que l'une ou l'autre pourra refuser. Et dès qu'elle a la possibilité de proposer un tel changement, le droit « glocal » du travail est là pour l'encadrer

¹ Intermédiation de la relation salariale : *JCP S* 2005, 1315.

² Élisabeth Filhol décrit parfaitement dans son roman le *turn-over* que peuvent subir les salariés d'une grande entreprise, en l'occurrence une centrale nucléaire (FILHOL É., *La centrale*, P.O.L. Éd., 2010).

d'une souplesse de plus en plus mesurée. Le droit du travail tendrait à ne plus faire subir la flexibilité aux salariés, mais à la maîtriser en garantissant une protection de leurs droits fondamentaux. La préoccupation de flexibiliser se trouve en quelque sorte justifiée à la fois par le souci de faciliter l'organisation du travail dans l'entreprise, et de permettre une meilleure compatibilité entre vie professionnelle et vie personnelle ou familiale du salarié.

En atteste le régime juridique dense de la modification de la prestation de travail¹. L'idée est que la modification, dès lors qu'elle revêt une certaine importance, constitue une modification du contrat de travail lui-même. L'employeur ne saurait l'imposer au salarié qui, en vertu du principe de la liberté contractuelle issu de l'article 1134 du Code civil, peut la refuser. Cette qualification de modification de contrat de travail constitue le pivot du régime juridique des modifications de la relation de travail, dont la construction est d'origine jurisprudentielle.

Afin de déterminer si un employeur peut imposer unilatéralement un changement d'horaires ou de durée du travail, de lieu d'exécution de la prestation, des tâches à accomplir ou de la rémunération, la jurisprudence a tout d'abord distingué les « modifications substantielles » des « modifications non substantielles » du contrat². Les premières requérant l'accord du salarié, les secondes, considérées comme mineures, pouvaient être imposées par l'employeur. Dans ce dernier cas, le refus du salarié constituait une faute justifiant une sanction disciplinaire, y compris un licenciement. Cependant, cette construction jurisprudentielle relevait d'une appréciation subjective trop imprévisible, ce qui a amené la Chambre sociale à consacrer une nouvelle distinction : celle de la modification du contrat de travail et du changement des conditions de travail³, qui traduit de manière plus objective la sphère intangible du contrat opposée à celle du pouvoir de direction de l'employeur⁴.

Désormais, on considère que les changements des conditions de travail n'affectent pas en soi la relation contractuelle, mais sont la manifestation du pouvoir patronal de direction que le lien de subordination justifie. Cela signifie que le salarié doit se soumettre aux décisions de son employeur, au risque de voir qualifié son comportement d'acte d'insubordination l'exposant à une sanction disciplinaire.

¹ Cf. PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 601 et suivants.

² Cass. Soc., 8 octobre 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 141, obs. J. SAVATIER, *D.* 1988, p. 57, note Y. SAINT-JOURS ; 21 janvier 1988, *Bull. civ.* V, n° 58 ; 4 février 1988, *Bull. civ.* V, n° 96.

³ Cass. Soc., 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976, obs. H. BLAISE, *Dr. ouvrier* 1996, p. 457, note P. MOUSSY, *Les grands arrêts du droit du travail*, sous la direction de J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 50, spéc. p.264 ; 17 octobre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 1094, obs. J.-E. RAY.

⁴ FAVENNEC-HÉRY FR., « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, chron. p. 459.

Cette nouvelle approche suppose de tracer les contours objectifs du champ contractuel de la relation de travail, que l'on nomme « socle contractuel »¹. Elle fut séduisante jusqu'à ce que la Cour de cassation « se prononce au coup par coup »². Constitue un élément du contrat de travail, qui ne peut pas être modifié sans l'accord du salarié, la rémunération³ à moins qu'il ne s'agisse d'une mise au chômage partiel⁴ ; la qualification⁵ même si le changement de fonction ne s'accompagne pas d'une baisse de rémunération⁶ ; le temps de travail⁷ à moins par exemple que le changement d'horaire en journée n'ait aucune incidence sur la durée du travail, ni sur la rémunération⁸ ; et le lieu de travail à condition que la mutation intervienne dans un autre secteur géographique⁹.

Les solutions sont donc relativement variables en dépit du changement terminologique effectué par la Chambre sociale. Elles traduisent le paradoxe de la matérialisation des éléments du contrat de travail en un « socle contractuel » tout en les rendant abstraits dans leur appréciation. En effet, la matérialisation n'intervient qu'au stade de la détermination du lien juridique associant les parties, et la dématérialisation se répand dès qu'il s'agit d'en apprécier la teneur. On détermine la composition théorique du champ contractuel à partir de laquelle se fait l'appréciation *in abstracto* pourtant gage d'une certaine stabilité.

Les conditions de travail s'avèrent encore plus variables en présence d'un écrit contractuel, dans la mesure où le juge s'efforce de différencier les clauses purement « contractuelles » de celles simplement « informatives »¹⁰. En ce sens, on relève la décision de la Chambre sociale en date du 3 juin 2003 selon laquelle la mention relative au lieu de travail est considérée comme simplement informative, « à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu »¹¹. C'est donc la clarté et la précision de la clause qui la rend purement contractuelle. *De facto*,

¹ WAQUET Ph., « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791.

² PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 753.

³ Cass. Soc., 28 janvier 1998, *Bull. civ. V*, n° 40 ; 9 décembre 1998, *D.* 1999, somm. 182, obs. I. DESBARATS ; 14 novembre 2007, *JCP S* 2008, 1078, note B. BOSSU.

⁴ Cass. Soc., 18 juin 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 978, obs. H. BLAISE ; 2 février 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 419, obs. A. MAZEAUD ; 9 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 630, obs. P.-H. ANTONMATTÉL.

⁵ Cass. Soc., 26 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 557 ; 8 octobre 2003, *RJS* 1/04, n° 4 ; 21 janvier 2006, *JCP S* 2006, 1157, note J.-Y. FROUIN ; 15 mars 2006, *RDT* 2006, p. 35, obs. G. PIGNARRE.

⁶ Cass. Soc., 18 avril 2008, *Dr. ouvrier* 2008, p. 533, note M. DEBY.

⁷ Cass. Soc., 20 octobre 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 1045, obs. Ph. WAQUET ; 23 janvier 2001, *Bull. civ. V*, n° 19 ; 15 mars 2006, *RDT* 2006, p. 96, obs. M. VÉRICEL.

⁸ Cass. Soc., 22 février 2000, *Bull. civ. V*, n° 67 ; 16 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 776, obs. J.-E. RAY ; 9 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 665, obs. J. SAVATIER.

⁹ Cass. Soc., 4 janvier 2000, *RJS* 2000, n° 152 ; 13 avril 2005, *D.* 2005, p. 1978, note C. LEFRANC-HARMONIAUX.

¹⁰ PÉLISSIER J., « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 1/04, p. 3.

¹¹ Cass. Soc., 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 884, obs. J. SAVATIER, *JCP G* 2003, II, 10165, note M. VÉRICEL.

les employeurs ont tendance à matérialiser le moins possible le lieu de travail des salariés, afin de pouvoir les muter dans le respect de l'exercice de leur pouvoir de direction.

La variabilité des conditions de travail issue d'un écrit contractuel peut aussi se concevoir dans ce que l'on appelle les clauses de variabilité, aux termes desquelles des modifications, unilatérales ou non, peuvent transformer la relation de travail. On prévoit expressément que les éléments du contrat de travail peuvent varier. Cette fois, en raison de la nature déséquilibrée de la relation de travail, la mise en œuvre des clauses est davantage contrôlée au bénéfice des salariés.

La surveillance s'opère tantôt à l'aune des conditions de formation du contrat, tantôt à l'aune de ses conditions d'exécution. Les premières reposent sur les contestations relatives à l'indétermination de l'objet du contrat¹, à l'absence de cause², la présence d'un vice du consentement – la violence économique, voire à partir du caractère potestatif de la clause³. Les secondes correspondent au contrôle de proportionnalité⁴ ou à celui de l'abus du droit que l'on désigne parfois sous d'autres vocables, tels que la légèreté blâmable ou l'intention de nuire⁵. Dans tous les cas, la nullité est encourue, nullité à laquelle peut s'ajouter l'allocation de dommages et intérêts.

Au final, la gamme des techniques utilisées en vue d'accroître la productivité de l'entreprise est importante. La marge de manœuvre de l'employeur peut se révéler considérable s'il réussit à déjouer le régime juridique complexe de la modification de la relation de travail. Soulignons pour finir la tendance à considérer que, au sein de l'entreprise, « tout est fongible ou soluble dans l'argent, qui devient l'unité de compte universelle des droits des salariés »⁶. On parle de « monétisation des droits des salariés »⁷ au sens où on leur donne une valeur. C'est particulièrement le cas de la rémunération dont l'objet n'est plus seulement d'allouer un salaire pour le travail exécuté, mais également de rémunérer un temps d'inactivité.

La loi du 20 août 2008 a contribué à cette dématérialisation du travail en élargissant par exemple les possibilités du compte épargne-temps. À cet effet, l'article L. 3151-1 du Code du travail énonce que « le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à

¹ DOCKÈS E., « La détermination de l'objet des obligations du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140.

² DAUGAREILH I., « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. soc.* 1996, p. 128.

³ ESCANDE-VARNIOL M.-C., « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1997, p. 478.

⁴ Cf. GÉNAUT B., *La proportionnalité dans les relations de travail, De l'exigence au principe*, Thèse dactylo., Lyon II, 2007 ; CORNESSE I., *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, coll. « Bibliothèque de Droit privé », 2001.

⁵ SOULIER P., « Du bon usage des clauses de mobilité géographique », *TPS* 1998, chron. p. 10.

⁶ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643, spéc. p. 653.

⁷ *Ibid.*

congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congés ou de repos non prises ou des sommes qu'il y a affectées ». Par ailleurs, le législateur a autorisé le rachat pour l'employeur de jours de congés ou de repos non pris par le salarié, ainsi que la possibilité pour les salariés de convertir tout ou partie du repos compensateur de remplacement en majoration de salaire. La faculté offerte au salarié de renoncer à des droits accumulés en échange d'une rémunération, prévue initialement à titre temporaire, devient permanente, outre les dispositions figurant dans l'accord. Elle dématérialise encore plus l'entreprise en permettant de rémunérer une activité en quelque sorte virtuelle. Le travail devient liquide.

Au regard de la variabilité des conditions de travail, il est permis de penser qu'elle pousse les salariés à intensifier leur rythme de travail ou, selon une autre formule heureuse, à provoquer un surcroît de motivation ; à tout le moins elle ne conduit pas à la rupture du lien salarial comme en témoigne l'analyse de la variabilité des conditions d'emploi. Ces deux types de variabilité ont toutefois un point commun : la dématérialisation de la force de travail, phénomène que l'on retrouve dans la qualification de l'entreprise comme outil de production.

§ 2. La dématérialisation de l'outil de production

La financiarisation affecte l'identité juridique de l'employeur en la rendant abstraite et insaisissable. L'entreprise devient une entité éclatée¹, entre une dimension globale et une dimension locale, en quête d'identité juridique. L'entreprise a dorénavant la capacité à rassembler plusieurs personnes juridiques qui sont souvent elles-mêmes des sociétés formant un groupe ou un sous-ensemble au sein d'un groupe plus vaste². Les employeurs en profitent alors pour procéder à des divisions artificielles de leur entreprise en une pluralité de personnes morales juridiquement distinctes, et déjouer ainsi les règles de mise en place des institutions représentatives.

Afin de contrecarrer cette pratique, la jurisprudence procède en deux temps : tout d'abord, elle écarte la fraude à la loi en ne prenant pas en compte le découpage juridique en sociétés distinctes, quand bien même la création des sociétés est régulière³ ; puis, la Chambre

¹ LYON-CAEN A., « À propos de l'entreprise éclatée », *Dr. ouvrier* 1981, p. 127.

² Il ne faut toutefois pas confondre la notion d'unité économique et sociale avec celle de groupe au sens du droit du travail, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 20 octobre 1999 affirmant que la notion d'unité économique et sociale et celle de comité de groupe sont incompatibles (Soc., 20 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 291 ; *RJS* 1/00, n° 68 ; 25 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 418, note J. SAVATIER).

³ Cass. Crim., 23 avril 1970, *D.* 1970, p. 444 ; *JCP* 1972, II, 17046 : « peu importait que les restructurations intérieures n'aient pas pour objet de faire échec à l'exercice du droit syndical ».

sociale s'efforce de dégager des critères objectifs qui commandent à regarder lesdites sociétés comme constituant une « seule unité économique et sociale ». La solution prétorienne fut consacrée par le législateur à l'article L. 2322-4 du Code du travail relatif à la seule mise en place d'un « comité d'entreprise commun ». Mais la Cour de cassation ne tarde pas à affirmer que l'unité économique et sociale permet de déterminer le cadre variable d'implantation des différentes institutions représentatives ¹.

Et elle érige la notion en espace de représentation du personnel sans la définir ², ce qui lui permet d'étendre l'unité économique et sociale à d'autres droits ³. C'est le cas par exemple des lois Aubry du 13 juin 1998 et 19 janvier 2000 qui tiennent compte de l'effectif de l'unité économique et sociale pour fixer la date d'entrée de la durée du temps de travail à trente cinq heures, ou encore de la loi du 17 janvier 2002 qui, en matière de licenciements collectifs pour motif économique, invite à tenir compte des « moyens de l'unité économique et sociale » ⁴ pour apprécier la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi. La théorie de l'unité économique et sociale a techniquement été affranchie de sa dimension purement fonctionnelle.

Le législateur tend ainsi à assimiler de manière audacieuse l'unité économique et sociale à l'entreprise, ce que la Cour de cassation se refuse en s'efforçant d'apprécier au cas par cas les divers indices économiques et sociaux en présence. Pour ce faire, la Chambre exige qu'il y ait à la fois une unité économique et une unité sociale. L'une ne pouvant compenser l'absence de l'autre, il importe de procéder à une double mesure de la variabilité : l'entreprise n'est-elle pas une unité économiquement variable (A) comme une unité socialement variable (B) ?

A. Une entité variablement économique

L'unité doit avoir un caractère économique dans le sens commun du terme selon la Cour de cassation, c'est-à-dire qu'elle doit être caractérisée par la convergence des intérêts entre les personnes morales concernées, et la communauté de leurs dirigeants ⁵. Il s'agit par exemple de la complémentarité des activités, l'imbrication des capitaux et l'existence de services communs. C'est « la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du

¹ Cass. Soc., 3 juillet 1985, *Bull. civ.* V, n° 401.

² PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E. (dir.), *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, n° 131.

³ Cf. PETIT Fr., « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. soc.* 2010, p. 634.

⁴ Article L. 1235-10 du Code du travail.

⁵ Cass. Soc., 20 juillet 1978, *Bull. civ.* V, n° 614 ; 27 juin 1990, *D.* 1990, IR, p. 196.

périmètre considéré ainsi que par la similarité des activités déployées par ces différentes entités »¹. L'unité économique doit ainsi vérifier deux éléments selon la Cour de cassation : un premier concernant la concentration des pouvoirs, un second concernant les activités.

En premier lieu, le pouvoir de direction doit être unique en dépit de la pluralité d'entités juridiques distinctes. L'unité économique implique une concentration du pouvoir de direction entre les mains des dirigeants de l'entreprise. La Cour de cassation emploie d'ailleurs une nouvelle terminologie pour caractériser l'entreprise : l'unité de direction². Il n'est pas nécessaire de constater les mandats sociaux croisés et la concentration exigée peut simplement résulter de l'exercice d'un pouvoir unique par les mêmes dirigeants³. Dans tous les cas, il importe que le pouvoir de direction se situe à l'intérieur du périmètre de l'entreprise⁴. L'unité économique nécessite donc la présence en son sein de l'entité juridique qui exerce le pouvoir de direction sur l'ensemble des salariés inclus dans l'unité sociale.

Alors que le modèle traditionnel du rapport de travail dans l'entreprise consistait à doter l'employeur du pouvoir de direction, la financiarisation semble créer une dissociation du pouvoir de direction et du pouvoir économique. Le pouvoir de direction n'est plus exercé par le contractant du salarié, mais c'est le pouvoir économique qui détermine ce pouvoir de direction exercé extérieurement à cette relation de travail. Ainsi les pratiques de l'employeur sont-elles déterminées par des normes issues d'une représentation rationnelle de l'entreprise qui est propre aux investisseurs institutionnels et donc très éloignée de celles adoptées par les partenaires industriels et bancaires classiques. On voit apparaître ce que l'on appelle un « marché employeur », par « un processus de pénétration de l'opinion des marchés boursiers à l'intérieur de l'organisation productive »⁵. Tel fut le cas pour l'entreprise Moulinex⁶.

En second lieu, la Chambre sociale exige une identité voire une complémentarité des activités exercées dans les différentes entités juridiques concernées. Cela signifie qu'*a fortiori* des activités voisines ne peuvent être prises en considération. Toutefois, ladite complémentarité peut n'être que partielle. Par exemple, l'activité limitée à un secteur de production peut satisfaire l'exigence à la condition que tous les salariés des deux entités forment une seule communauté de travailleurs⁷. À l'opposé est insuffisante la seule identité

¹ Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1037, obs. J. SAVATIER.

² Cass. Soc., 17 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 323, obs. J. SAVATIER.

³ Cass. Soc., 4 mars 2009, *JCP S* 2009, 1273, note J.-Y. KERBOUC'H.

⁴ Cass. Soc., 23 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 852, concl. P. LYON-CAEN ; *RJS* 2000, p. 529, rapp. A. COEURET.

⁵ REBÉRIOUX A., « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Travail et Emploi*, janvier 2003, n° 93, p. 26.

⁶ LORDON F., « Comment la finance a tué Moulinex », *Le Monde diplomatique*, mars 2004.

⁷ Cass. Soc., 12 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 479, obs. J. SAVATIER.

des stratégies commerciales et financières¹, ou le seul fait de poursuivre un objectif commun².

L'énumération des conditions d'appréciation de ces critères est la somme d'indices permettant de caractériser l'unité économique. Force est de reconnaître que l'entité est économiquement variable en raison d'un déplacement du pouvoir au sein de l'entreprise : ce n'est plus un pouvoir de direction à proprement parler, mais un pouvoir économique. L'exigence doit même être prolongée par une unité sociale.

B. Une entité variablement sociale

La Cour de cassation identifie l'unité sociale comme « une communauté de travailleurs »³, c'est-à-dire qu'elle requiert une certaine solidarité des intérêts. Cette idée doit apparaître de circonstances objectives, résulter d'un règlement intérieur commun⁴, de conditions de travail semblables⁵, de la soumission à un même statut conventionnel⁶. Par exemple, lorsque les personnels de deux sociétés sont soumis à des conventions collectives et à des statuts différents, ainsi qu'à des régimes de prévoyance et de mutuelle propres, que leurs conditions de travail sont différentes, et qu'il n'y a aucune similitude de gestion des situations individuelles, l'absence de communauté est caractérisée⁷. Néanmoins, la Cour de cassation a précisé que la différence d'accords collectifs n'est pas un obstacle à la reconnaissance de l'unité⁸. L'essentiel est de parvenir à cerner l'existence d'une seule et même communauté de travail par-delà le rattachement contractuel des salariés qui la composent. Notons enfin que le fait pour une société de ne pas avoir de personnel ne l'exclut pas de ladite qualification⁹.

L'homogénéité de la collectivité des salariés se perçoit aussi à travers un autre critère : la permutabilité du personnel ou dite parfois interchangeabilité. Elle a par exemple été appréciée à partir de l'identité des mentions du bulletin de paie¹⁰. Cependant, ce critère n'est qu'un indice dans la mesure où il n'est pas indispensable à détecter la communauté des salariés ; il n'est qu'un indice insuffisant à lui seul dans la mesure où l'existence de quelques

¹ Cass. Soc., 3 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 164.

² Cass. Soc., 5 mars 1981, *Bull. civ. V*, n° 193.

³ Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1037, obs. J. SAVATIER.

⁴ Cass. Soc., 12 mars 1986, *Bull. civ. V*, n° 89.

⁵ Cass. Soc., 12 juin 1981, *Bull. civ. V*, n° 545.

⁶ Cass. Soc., 14 mai 1987, *Bull. civ. V*, n° 327.

⁷ Cass. Soc., 2 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 799, obs. J. SAVATIER.

⁸ Cass. Soc., 12 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 479, obs. J. SAVATIER.

⁹ Cass. Soc., 21 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 347, obs. J. SAVATIER.

¹⁰ Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1037, obs. J. SAVATIER.

mutations ne permet pas de caractériser l'unité sociale¹. Le constat d'une communauté de travail unique est donc incontournable².

En somme, l'unité économique et sociale est une recombinaison de l'entreprise éclatée qui détermine l'application des règles du droit du travail. Elle constitue donc la qualification phare de l'articulation globale de ces règles : on se réfère à la collectivité des hommes au travail et au centre de décision de l'entreprise, sans égard à l'habillage juridique que constitue une société, sa direction et ses employés. Le local et le global sont fondus dans cette terminologie abstraite.

Au vue de l'examen du processus de financiarisation de l'entreprise, une nouvelle caractéristique du capitalisme financier semble se dessiner : « des entreprises sans usine »³. Reste à déterminer si l'abstraction atteint son comble en favorisant la liquidité de la force de travail. C'est l'objet des développements suivants relatifs à la financiarisation du salarié.

¹ Cass. Soc., 5 décembre 2000, *RJS* 2/2001, n° 213.

² COEURET A., GAURIAU B. et MINÉ M., *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009, p. 63.

³ HARRIBEY J.-M., « La financiarisation du capitalisme et la captation de valeur », in *Le Capitalisme contemporain : question de fond*, sous la direction de J.-C. DELAUNAY, L'Harmattan, 2001.

Voir aussi : BOUBLI B., « Adieu l'UES », *Dr. soc.* 2009, p. 699.

SECTION 2

LA FINANCIARISATION DU SALARIÉ

La finance du marché fait surgir de nouveaux acteurs qui se substituent progressivement au pouvoir bancaire dans le rôle du financement de l'économie. L'intermédiaire financier n'est plus un emprunteur ou un prêteur, mais un placeur de titres sur le marché financier, voire le gestionnaire de titres intermédiés. C'est désormais le salarié qui prête à son employeur¹. Des systèmes juridiques d'implication financière des salariés ont vu le jour dès 1959², exhalés d'un « nouveau souffle »³ à compter de la loi du 30 décembre 2006⁴. L'objectif du législateur est de mobiliser les travailleurs à l'activité de leur entreprise en développant leurs investissements, soit à l'intérieur de l'entreprise elle-même en facilitant l'actionnariat, soit dans le cadre plus large du marché financier par un développement de l'épargne salariale.

À cet effet, les formules d'association du personnel aux performances de l'entreprise sont variables : il peut s'agir pêle-mêle de l'octroi d'une créance aux salariés contre l'entreprise par ouverture d'un compte courant bloqué pendant une période donnée, la remise d'actions à la suite d'une augmentation de capital, voire indirectement grâce à des organismes collectifs de placements auxquels l'employeur a fait appel afin de constituer un portefeuille de valeurs mobilières. On les prévoit pour l'essentiel dans des accords collectifs de participation ou d'intéressement.

Le premier permet de redistribuer une partie des bénéfices annuels réalisés selon des modalités prévues par un accord collectif. Les sommes versées ne sont pas, sauf exception, immédiatement disponibles. Quant à l'intéressement, les sommes versées sont immédiatement disponibles pour les salariés, même si ces derniers sont fortement incités à les placer sur un

¹ PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, p. 1023.

² Pour un exposé historique : PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, n° 783.

³ MALECKI C., « Le nouveau souffle de l'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006 », *D.* 2007, chron. p. 524.

⁴ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *JO* 31 décembre 2006, p. 20210.

plan d'épargne salariale. Dans les deux cas, l'entreprise, comme le salarié, dispose d'avantages fiscaux et sociaux.

Ces formules seront le cœur de la démonstration consistant à expliquer que l'actionnariat salarié est devenu plus accessible selon les vœux du législateur, et que, par voie de conséquence, ses caractéristiques originelles vont s'en trouver affectées : l'actionnariat est variablement collectif (§ 1) et variablement contraignant (§ 2).

§ 1. Un actionnariat variablement collectif

« L'actionnariat salarié pour tous » se dessinerait depuis la loi du 30 décembre 2006 selon les propos du Professeur Patrick Morvan ¹. Il est vrai que depuis cette date, le législateur s'est particulièrement efforcé à élargir le cercle des bénéficiaires de l'épargne salariale et à en généraliser les dispositifs. Cependant, l'effort législatif de collectivisation est parfois mis en doute : quant aux salariés bénéficiaires (A) et quant aux entreprises assujetties (B).

A. Quant aux salariés bénéficiaires

La participation des salariés à la gestion de l'entreprise est par définition collective. Les dispositions légales l'attestent par leur formule : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés » ², la participation « de garantir collectivement aux salariés » ³, et le plan d'épargne d'entreprise est un système d'épargne collectif [...] » ⁴. En d'autres termes, les mécanismes d'épargne salariale ne sont pas la contrepartie du travail exécuté, mais la traduction des résultats collectifs de l'entreprise. Tous les salariés doivent pouvoir y participer sur un pied d'égalité sans que des performances soient individualisées. Il a ainsi été jugé que l'intéressement ne peut pas dépendre d'objectifs strictement personnels assignés à chaque salarié, telle que la condition de sa présence continue dans l'entreprise pendant la totalité de l'exercice ⁵.

Notons toutefois qu'il n'est pas exclusif d'un intéressement individuel au résultat prévu et organisé par une clause du contrat de travail, notamment par une clause d'objectifs. Même si l'analyse des modalités de calcul conduit à circonscrire cette variabilité à des

¹ MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643, spéc. p. 648.

² Article L. 3312-1 du Code du travail.

³ Article L. 3322-1 du Code du travail.

⁴ Article L. 3332-1 du Code du travail.

⁵ Cass. Soc., 9 mai 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 953, concl. P. LYON-CAEN.

paramètres objectifs, force est de reconnaître que le caractère collectif peut être altéré par une stipulation contractuelle. Est-ce une circonstance isolée ? Il ne le semble pas dans la mesure où les articles L. 3314-10 et L. 3324-9 du Code du travail autorisent la mise en place d'un système de supplément, respectivement d'intéressement et de participation, assorti de conditions originales. Cette possibilité avait été offerte comme un remède au faible recours dans les entreprises aux formules d'épargne salariale. Porte-t-on là encore atteinte au caractère collectif de l'intéressement ou de la participation ? On en doute dans la mesure où les règles de la répartition des bénéfices permettent à tous les salariés d'en profiter ¹.

Pour l'essentiel, la distribution est uniforme ou proportionnelle à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice de référence, ou proportionnelle à la rémunération ². À nouveau, la perplexité nous gagne : *quid* des primes d'assiduité prévues au contrat de travail ? N'individualisent-elles pas la participation des salariés à la gestion de l'entreprise ? Le constat est identique à la clause d'objectifs auquel on ajoute une remarque générale : la collectivisation de l'épargne salariale ne se conçoit qu'en raison de la règle de sa non-substitution au salaire. Il ne s'agit pas de la rémunération du travail, mais bien du « dividende du travail » ³. On dissocie par là le gain du salaire, même si en plusieurs circonstances, la jurisprudence a été amenée à l'y assimiler ⁴. Dès lors, selon que le bénéfice de performances individualisées est autorisé, le caractère collectif de l'épargne salariale varie. Est-ce le cas pour tous les salariés ?

Par hypothèse, toutes les personnes liées à l'entreprise par un contrat de travail, quelles que soient les particularités de ce contrat ⁵, ont vocation à bénéficier des mécanismes d'intéressement, de participation et des plans d'épargne salariale, hormis les conditions d'ancienneté éventuellement prévues dans un accord collectif ⁶. De surcroît, ce dernier ne peut exclure de son champ d'application le salarié dont le contrat de travail a été résilié quel que

¹ À moins que l'employeur ne décide de majorer les minima discrétionnairement après la clôture de l'exercice (Cf. VATINET R., « Développement de la participation des salariés », *JCP S* 2007, 1001).

² Cass. Soc., 20 juin 2006, *RJS* 2006, p. 813, n° 1102 : l'application de modalités différentes de calcul et de répartition de l'intéressement n'est pas autorisée à une catégorie professionnelle, en l'espèce des VRP.

³ L'expression apparaît en titre du livre troisième de la troisième partie du Code du travail relative à la durée du travail, le salaire, l'intéressement, la participation et l'épargne salariale.

⁴ Par exemple, lors de la suppression d'une prime d'intéressement au détriment de salariés grévistes (Soc., 6 novembre 1991, *JCP* 1992, II, 21806, note J. SAVATIER).

⁵ Contrat à durée déterminée, d'apprentissage, de professionnalisation, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, etc.

⁶ Article L. 3342-1 du Code du travail.

soit le motif de la rupture ¹, à moins qu'il ait accès aux plans d'épargne salariale chez son nouvel employeur : « banni d'une collectivité, il en rejoint une autre » ².

La collectivisation est à son comble d'autant que le dispositif a été étendu à d'autres que les salariés. De jurisprudence constante, les dirigeants des sociétés peuvent bénéficier de l'intéressement s'ils cumulent avec leur mandat social un contrat de travail, pour lequel il exerce des fonctions techniques bien distinctes de la direction générale de l'entreprise ³. Et le législateur d'ajouter à l'article 3312-3 du Code du travail : peuvent en bénéficier les chefs d'entreprises comprenant au moins un salarié – même à temps partiel – et au plus deux cent cinquante salariés, les présidents, les directeurs généraux, les gérants ou membres du directoire et le conjoint du chef d'entreprise au sens de l'article L. 121-4 du Code de commerce.

En élargissant ainsi le cercle des bénéficiaires de l'épargne salariale, le législateur contribue cette fois sans ambiguïté à sa collectivisation, et ce en dépit d'une curiosité rédactionnelle à l'article L. 3312-6 du Code du travail, selon lequel l'accord d'intéressement de projet peut prévoir que « tout ou partie des salariés » des entreprises ou groupes concernés bénéficient d'un intéressement de projet. Il n'est pas sûr dans cette hypothèse que le législateur ait eu l'intention de lui faire perdre son caractère collectif, ni même à l'examen des efforts qu'il fournit à résorber l'individualisme inhérent au mécanisme des « stocks-options ».

Inspirées du système libéral d'origine anglo-américaine, lesdites options de souscriptions d'actions ont vu le jour en l'absence de cadre légal approprié. Leur succès fut d'ailleurs nourri de suspicion en raison d'importantes polémiques lors de spéculations abusives de quelques dirigeants. C'est pourquoi, le législateur est intervenu à plusieurs reprises sans pour autant résoudre la question suivante : l'esprit individualiste conduit-il à distinguer cette forme d'accès au capital de l'entreprise des autres mécanismes collectifs d'épargne salariale ? Pour y répondre, l'analyse du régime juridique est indispensable.

Schématiquement, lorsqu'un salarié est désigné bénéficiaire d'actions, il en devient propriétaire, ce qui autorise des comportements individuels spéculatifs. C'est la raison pour laquelle le législateur avait encouragé dès 1980 la distribution gratuite d'actions, conçue comme devant être collective à la différence des « stocks-options » ⁴. Le Code de commerce énonce à ce titre que la distribution doit être autorisée « au profit des membres du personnel

¹ « Les salariés ne peuvent être privés, en raison des motifs de leur licenciement, des droits à l'intéressement » (Soc., 12 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 1039, obs. J. SAVATIER), ou des droits à la participation (Soc., 9 mars 1989, *JCP E* 1989, I, 15578, obs. D. GATUMEL).

² MORVAN P., *op. cit.*, spéc. p. 651.

³ Paris, 24 septembre 1997, *D.* 1997, IR 235.

⁴ Cf. VASSEUR M., *D.* 1981, chron. p. 63.

salarié ou de certaines catégories d'entre eux »¹. Qu'entend-on par « catégories » ? Le législateur sous-entend-il que l'attribution peut être sélective² ? Aucune catégorisation des salariés n'étant formellement instituée au sein de l'entreprise, on discerne mal une potentielle individualisation.

Par ailleurs, l'article L. 3332-14 du Code du travail dissipe le trouble : les actions gratuites attribuées aux salariés peuvent être versées, à l'expiration de la période d'acquisition, sur un plan d'épargne d'entreprise « sous réserve d'une attribution à l'ensemble des salariés ». Un raisonnement *a contrario* nous conduit à affirmer que les actions autres que gratuites sont individualisées.

Et la lecture de l'article L. 225-177 du Code de commerce conforte la démonstration : le dispositif des « stocks-options » n'est permis qu'à « certains d'entre eux »³. Ainsi, il est permis d'opposer les options – individuelles – de souscriptions d'actions aux distributions – collectives – gratuites. Les réformes successives n'ont pas résorbé l'inégalité de traitement, les équipes dirigeantes étant les principales bénéficiaires.

Soulignons toutefois un autre argument de l'effort de collectivisation du législateur par l'étude des dispositions fiscales. Celles-ci incitent en effet les employeurs à rendre tous les salariés actionnaires dans la mesure où une déduction fiscale ne s'opère qu'à la condition que l'attribution d'actions profite « à l'ensemble des salariés de l'entreprise », et que les actions gratuites soient réparties uniformément ou proportionnellement à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice ou aux salaires, soit par une combinaison de ces différents critères⁴. On ose espérer qu'un tel attrait orientera les employeurs à privilégier les distributions gratuites d'actions aux « stocks-options » suscitant trop de suspicion.

En tout état de cause, le choix du législateur de favoriser les distributions gratuites d'actions est révélateur de la collectivisation de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise, tout comme les autres dispositifs étudiés plus haut. En est-il de même quant aux entreprises assujetties ?

¹ Article L. 225-197-1, §1, alinéa 1, du Code de commerce.

² MONTAGNE S. et SAUVIAT C., « L'influence des marchés financiers sur les politiques sociales des entreprises : le cas français », *Travail et Emploi*, juillet 2001, n° 87, p. 111.

³ L'individualisation se fait de manière objective selon une jurisprudence constante (Cf. FAVENNEC-HÉRY F., « Épargne salariale, principe de transparence et de non-discrimination », *RJS* 2002, p. 2).

⁴ Article 217 quinquies, II, du Code général des impôts.

B. Quant aux entreprises assujetties

Quelles sont les entreprises assujetties au dispositif de l'épargne salariale ? Variablement toutes les entreprises semblent concernées, ainsi que les groupes de sociétés par extension. Le champ d'application de l'épargne salariale n'est *a priori* limité, ni par la taille de l'entreprise, ni par l'existence ou non d'un bénéficiaire. En ce sens, les articles L. 3311-1 et L. 3321-1 du Code du travail indiquent que toutes les entreprises, quelles que soient leur forme juridique et la nature de leur activité¹, peuvent conclure un accord collectif respectivement d'intéressement et de participation. Et l'article L. 3312-2 du même Code d'insister en son premier alinéa : l'intéressement des salariés à l'entreprise peut être assuré dans « toute entreprise qui satisfait aux obligations [lui] incombant en matière de représentation du personnel [...] ». Une disposition plus générale offre même la possibilité à l'employeur de proposer, tous les trois ans, un examen des conditions dans lesquelles pourraient être mise en œuvre une épargne salariale si l'entreprise en est dépourvue².

Et le législateur n'a pas ménagé sa peine à étendre le périmètre des entreprises assujetties, puisqu'il inclut le « groupe constitué par des entreprises juridiquement interdépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques »³. Peuvent ainsi être considérées comme instituant des liens financiers et économiques des coopérations régulières concernant une part importante de l'activité des entreprises pour fabriquer un produit, fournir un service ou un ensemble de services⁴.

Reste qu'il appartient aux parties de déterminer le champ d'application de leur accord et le périmètre du groupe. Elles peuvent par exemple le permettre à un groupe d'entreprises de dimension communautaire, c'est-à-dire dont les sociétés sont établies dans plusieurs États membres de l'Union européenne ; et même depuis la loi du 30 décembre 2006, un intéressement de projet peut être prévu dans les entreprises ou les groupes disposant d'un accord d'intéressement, lorsqu'elles concourent avec d'autres entreprises à « une activité caractérisée et coordonnée »⁵. Le dispositif permet alors d'englober tant les salariés de filiales différentes d'un même groupe, que les salariés du groupe et ses sous-traitants ou partenaires sur un même site.

¹ L'expression n'apparaît cependant plus expressément dans le nouveau Code du travail.

² Article L. 3344-3 du Code du travail : « dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un ou des délégués du personnel sont présents [...] ».

³ Article L. 3344-1 du Code du travail.

⁴ Circulaire ministérielle relative à l'épargne salariale du 14 septembre 2005, JO 1^{er} novembre 2005.

⁵ Article L. 3312-6 du Code du travail.

Dans ce cas, le caractère collectif prend ainsi un sens global très marqué : l'intéressement n'est plus seulement lié aux performances concrètes de l'entreprise qui emploie le salarié, mais aux résultats d'un projet auquel participent tous les salariés de plusieurs entreprises. C'est le plus souvent la réalisation d'un chantier par un donneur d'ordres et ses sous-traitants.

L'exposé de ces textes nous amène à croire que toutes les situations ont été pensées. Pourtant, la Chambre sociale a été contrainte de compléter le dispositif légal par un arrêt en date du 1^{er} juin 2005 : un accord collectif peut prendre en compte les résultats des entreprises membres d'un groupement d'intérêt économique pour le calcul de l'intéressement ¹.

Cette solution jurisprudentielle a été généralisée par le législateur : « le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier d'un dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ². Il en est de même quant à la participation aux termes du second alinéa de l'article L. 3322-2 du Code du travail.

Qu'on envisage l'entreprise, le groupe de sociétés ou le groupement d'employeurs, tous peuvent être concernés par un accord collectif d'intéressement, de participation et/ou un plan d'épargne d'entreprises. Le législateur a généralisé son dispositif aux différentes entités juridiques apparues sur le marché mondial.

La variabilité du caractère collectif s'entend ici dans le sens extensible du champ d'application de l'épargne salariale : certes ponctuellement mis en doute quant aux salariés bénéficiaires, outre l'effort législatif de collectivisation, mais particulièrement soutenu quant aux entreprises assujetties. Une telle généralisation de l'actionnariat salarié signe-t-elle la fin de son caractère facultatif ?

§ 2. Un actionnariat variablement contraignant

Doté de formules facultatives, le régime juridique de l'épargne salariale compose progressivement avec des formules plus contraignantes oscillant entre l'incitation et l'obligation. Le va-et-vient se perçoit variablement lors de l'investissement des salariés associés (A) ou lors de leur représentation aux assemblées générales (B).

¹ Soc. 1^{er} juin 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 925, obs. J. SAVATIER.

² Article L. 3312-2, alinéa 2, du Code du travail, issu de l'article 7 de la Loi en faveur des revenus du travail n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 (*JO* 4 décembre 2008).

A. Quant à l'investissement des salariés associés

Par hypothèse, les salariés peuvent librement choisir de s'impliquer dans la gestion de l'entreprise en devenant actionnaires ou non. Pour ce faire, les formules d'investissement sont variées ; et l'examen de chacune prouve qu'il ne s'agit que d'une possibilité offerte aux employeurs de faire bénéficier leur personnel de l'épargne salariale. Par exemple, il résulte de l'article L. 3332-1 du Code du travail que le plan d'épargne d'entreprise n'ouvre en principe qu'une « faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières ».

Le dispositif de l'intéressement est particulièrement clair à ce sujet : « il est facultatif » affirme expressément le troisième alinéa de l'article L. 3312-1 du Code du travail. Il n'y a pas d'obligation d'y souscrire pour les entreprises. Or, à l'opposé, une ordonnance a institué, dès le 17 août 1967, une formule obligatoire d'épargne salariale désignée aujourd'hui sous le vocable de « participation aux résultats de l'entreprise »¹. Nous serions enclin à considérer que ce dispositif est d'application restreinte, parce qu'il ne concerne que les entreprises visées limitativement par le législateur, à savoir celles constituant une unité économique et sociale d'au moins cinquante salariés². Mais les textes sont insistants : si l'accord de participation peut être suspendu en cas de baisse des effectifs de l'entreprise, c'est à condition que ledit accord comporte une clause expresse en ce sens, qu'il soit conclu pour une durée déterminée ou indéterminée³. À défaut d'une telle clause, « l'entreprise demeure soumise au régime de participation pendant les exercices litigieux, peu important le nombre de salariés alors employés »⁴.

Au final, sauf anticipation, le dispositif est assez contraignant, même si son application varie selon l'effectif de l'entreprise. La loi du 19 février 2001 conforte notre sentiment en faisant entrer l'épargne salariale dans le champ de l'obligation de négocier au niveau des branches ou de l'entreprise⁵. L'article L. 2241-8 du Code du travail dispose en effet que « les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent, une fois tous les cinq ans, pour engager une négociation sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière ».

¹ Articles L. 3321-1 et suivants du Code du travail.

² Article L. 3322-1 du Code du travail issu de la loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990.

³ Cass. Soc., 18 septembre 2002, *RJS* 2002, n° 1264.

⁴ Cass. Soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340.

⁵ SAINT-JOURS Y., *D.* 2001, chron. p. 1179.

Certes, ce texte n'assure pas la conclusion de l'accord collectif, à tout le moins, il semble ériger l'épargne salariale au rang de droit garanti aux salariés. Ces derniers auraient un droit sur l'enrichissement de l'entreprise qui les emploie, sur les bénéfices réinvestis, car même indisponibles, ils restent acquis aux salariés. Notons toutefois que l'obligation ne garantit pas, compte tenu du caractère aléatoire de la participation, un gain pour les salariés. En somme, la participation des salariés à la gestion de l'entreprise est variablement contraignante, car de formules facultatives le législateur n'hésite pas à imposer des formules obligatoires. De surcroît, parmi les formules facultatives, le dispositif est parfois très incitatif.

Conformément à l'article L. 3323-6 du Code du travail, « les entreprises qui ne sont pas tenues de mettre en application un régime de participation peuvent, par accord de participation, se soumettre volontairement aux dispositions [de la participation aux résultats de l'entreprise] ». Autrement dit, rien n'empêche les autres entreprises d'appliquer le régime légal de la participation à titre volontaire. Néanmoins, force est de reconnaître qu'à la suite des diverses refontes législatives, des montages financiers ont été facilités en vue de renforcer l'investissement des salariés. On pense notamment au rachat d'entreprises par les salariés pour lequel le législateur a simplifié le cadre juridique et l'a accompagné d'avantages fiscaux ¹ ; ou à la diffusion des fonds communs de placement d'entreprise dans les petites et moyennes entreprises non cotées en Bourse qu'il encourage.

Dans cette dernière hypothèse, la distinction entre salarié et associé s'estompe particulièrement : un accord global superpose différentes sociétés du groupe dans le montage financier, et les contrats de travail conclus avec les sociétés dites cibles sont traités comme des modalités d'application dudit accord. La nature juridique du pacte d'actionnaires est lors très incertaine ². Toujours est-il que ces exemples illustrent la progression de la portée de l'épargne salariale. D'origine facultative, elle se voit doter variablement d'un dispositif incitatif, voire contraignant. Et l'argument vaut quant à la représentation des salariés associés.

B. Quant à la représentation des salariés associés

Si les salariés sont propriétaires de leurs titres, ils ne les gèrent pas toujours eux-mêmes, mais sont le plus souvent représentés par des sociétés d'investissement. Dès lors, ils ne participent pas directement aux assemblées générales. D'abord conçue comme une simple

¹ Article L. 3332-16 du Code du travail.

² VATINET R., « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S* 2007, 1032 ; TISSANDIER H., « Les salariés, nouveaux acteurs du droit des sociétés », in *L'Entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, sous la direction de V. MAGNIER, PUF, coll. « Cepisca », 2007, p. 51.

consultation, la participation se fait de plus en plus prégnante dans la gestion des entreprises. En effet, dès 1986¹, une représentation des salariés actionnaires était prévue dans les conseils d'administration ou de surveillance. Facultative, elle n'est guère utilisée ; c'est pourquoi le législateur la rend obligatoire².

Toutefois, faute de décret d'application, le dispositif légal n'a pas eu la force contraignante à laquelle il était voué. Il faudra attendre la loi du 30 décembre 2006 pour que soit aménagée une représentation obligatoire effective. C'est le cas pour les sociétés cotées dont plus de 3 % du capital sont détenus par des salariés selon un mode collectif. Elles doivent se faire représenter par des personnes élues par l'ensemble du personnel dans les conseils d'administration et de surveillance des sociétés par actions en vertu des articles L. 225-27 et L. 225-79 du Code de commerce.

Cette obligation a suscité une discussion doctrinale au motif qu'aucune représentation catégorielle n'est instituée au profit de groupes d'actionnaires minoritaires. Pourquoi le permettre alors en cas d'actionnariat salarié ? On le conçoit mal, mais le débat reste théorique puisque ces dispositions législatives n'ont jamais fait l'objet de décret d'application. Le principal était sans doute pour les auteurs d'exciper la difficulté de comptabiliser le seuil de détention de 3 % dans les sociétés à capital variable. En ce sens, la nouvelle rédaction de l'article L. 225-23 du Code de commerce se borne à restreindre son champ d'application aux « sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ».

Par cette formule, le législateur incite les sociétés non cotées à mettre en œuvre de façon facultative la participation à la gestion des représentants des salariés actionnaires, en leur permettant d'échapper à un régime contraignant. La contrainte est ici sournoise. En d'autres termes, les sociétés non cotées ont été écartées du dispositif, de crainte qu'une représentation obligatoire ne les dissuade de constituer un actionnariat salarié. Leur est offerte la faculté de se faire représenter toutes les fois qu'elle n'est pas obligatoire, même aucune disposition ne l'autorise expressément³.

Relevons en outre qu'en obligeant l'élection d'un ou plusieurs administrateurs, le législateur n'a pas fixé de limite identique à celle du système facultatif où le nombre des administrateurs salariés ne peut être supérieur à quatre dans les sociétés fermées et cinq dans les sociétés cotées sans jamais pouvoir excéder le tiers. Les sociétés ont le choix du nombre, elles jouissent d'une faculté dans ce dispositif obligatoire. Dans le même sens, en indiquant

¹ DAIGRE J.-J., « Les représentants salariés élus au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes », *Dr. soc.* 1987, p. 450.

² MALECKI C., « La loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *JCP E* 2002, 915.

³ L'article L. 225-27 du Code de commerce en est un fondement implicite.

que les représentants sont élus « par un vote dans des conditions fixées par les statuts », l'article L. 225-23 du Code de commerce corrobore la démonstration de la variabilité du caractère contraignant de l'actionnariat salarié : les statuts ont semble-t-il une liberté totale dans l'aménagement du vote¹, alors que l'ancien dispositif imposait une nomination des représentants des salariés actionnaires. Désormais, les salariés associés proposent un candidat choisi parmi eux à l'assemblée générale qui ne peut exercer qu'une sorte de droit de veto. On imagine le risque de blocage d'une telle procédure. Une contrainte doublement sournoise.

En somme, la participation des salariés, représentés ou non, à la gestion de l'entreprise cristallise le processus de financiarisation au sein du droit du travail. D'un « actionnariat salarié pour tous »² semble se dessiner un actionnariat salarié obligatoire pour tous. La même collectivité se rencontre en ce qui concerne le processus de responsabilisation.

¹ En cas de modifications de statuts des sociétés qui les font entrer dans le champ d'application de la représentation obligatoire, l'article L. 225-23 du Code du commerce permet de conserver le système facultatif dans un délai de dix-huit mois au terme duquel une procédure d'injonction peut être mise en place. Relevons que la loi de modernisation sociale permet même l'adoption cumulée des deux systèmes de représentations.

² MORVAN P., « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643, spéc. p. 648.

CHAPITRE 2

UN PROCESSUS DE RESPONSABILISATION

« Chacun est seul responsable de tous »¹. Telle était la pensée d'Antoine de Saint Exupéry dans son roman intitulé « Pilote de guerre » paru en 1942. Plus de cinquante ans après, l'idée s'est répandue comme une traînée de poudre dans la société contemporaine, notamment au sein de l'entreprise. Il faut rendre responsables les différents acteurs de l'entreprise, de son dirigeant à ses salariés, en passant par ses clients. Le droit du travail n'échappe pas à cette tendance. D'abord né pour permettre l'indemnisation des salariés victimes d'accidents du travail, il intervient désormais plus largement à l'intérieur de l'entreprise, comme à l'extérieur. Cette branche du droit responsabilise les acteurs de la relation de travail, et au-delà, toutes les instances concernées par la condition des travailleurs.

Qu'entend-on par responsabiliser ? Ce verbe signifie rendre responsable, c'est-à-dire de rendre compte, d'accepter et de subir les conséquences de ses actes². La quête de responsabilité sous-entend donc une autonomie des responsables. L'équilibrage des responsabilités entre les parties au sein de l'entreprise soulève la question de la liberté des travailleurs, mais aussi celle de l'arbitrage entre la sécurité juridique des parties et le besoin de flexibilité de la relation de travail, ou encore de la répartition des risques³ inhérents à l'activité économique.

L'objectif est de mobiliser les acteurs pour le respect de normes fondamentales et les mécanismes pour l'atteindre sont nombreux. Comment assurer l'applicabilité de normes sociales minimales, et les faire progresser « globalement » ? Aucune solution unique n'a pour

¹ SAINT EXUPÉRY (de) A., *Pilote de guerre*, Éd. Gallimard, coll. « Blanche », 1942.

² *Le Petit Robert*, V° « Responsabiliser ».

³ Cf. CONCIALDI P., *Non à la précarité*, Éd. Mango littérature, coll. « En clair », 2007, p. 183 et suivantes ; BECK U., *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. « Champs », 2003.

l'instant retenu l'attention, même si l'idée de la clause sociale est moins isolée qu'auparavant. De plus, les acteurs économiques s'engagent à respecter une éthique qu'ils ont eux-mêmes échafaudée. Ils doivent appliquer une pratique déterminée unilatéralement, mais ils le doivent en complément des législations nationales et internationales. Avant d'expliquer la montée de cette responsabilisation formelle (Section 2), abordons son contenu matériel (Section 1).

SECTION 1

UNE RESPONSABILISATION MATÉRIELLE

Dans la perception substantielle de la responsabilisation, on s'attache à analyser la raison d'être, la justification, la finalité des dispositifs juridiques. Dès lors, elle intéresse en premier lieu l'employeur, car c'est lui qui originellement prend en charge les risques sur le lieu de travail. Sa responsabilité se justifie par l'engagement physique que suppose l'exécution du contrat de travail : le « corps laborieux »¹ est garanti face aux risques liés au travail, risques qui se sont accrus avec le développement du travail industriel et du machinisme au cours du XIXe siècle.

À ce titre, la loi du 9 avril 1898 constitue le premier acte de la reconnaissance de la responsabilité de l'employeur². Elle est « une avancée dans la protection des travailleurs puisqu'elle donne un support légal à l'automaticité de la réparation [...] »³. Puis, l'heure n'est plus à la simple réparation, mais à la prévention des risques professionnels. La prise en charge s'accroît dans le sens d'une politique de prévention destinée à supprimer et/ou diminuer les risques et à humaniser les conditions de travail. La loi du 6 décembre 1976 est la plus caractéristique de cette politique, en ce qu'elle introduit la notion de « sécurité intégrée », c'est-à-dire que le risque doit être traité dès le stade de la conception des machines et des produits dangereux. Les avancées technologiques multipliant les risques liés au travail, le législateur est contraint d'affiner le régime juridique de la responsabilité de l'employeur. On entend désormais les risques professionnels de manière large.

Partant, les nouvelles réalités organisationnelles de l'entreprise, notamment les pratiques managériales en recherche croissante de productivité, engendrent de nouvelles pathologies chez les salariés : des troubles musculo-squelettiques (TMS), cardio-vasculaires, psychosociaux, etc. qui affectent indubitablement la santé des salariés⁴. Les autorités

¹ BONNECHÈRE M., « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1994, p. 173 ; SUPIOT A., *Critique du droit du travail, Essai*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, p. 67 et suivantes.

² LEROSIER J.-J. et BASLE M., « Les premières lois sociales », *RF aff. soc.* janvier 1981, p. 11.

³ VERKINDT P.-Y., « La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvrier* 2003, p. 82.

⁴ Les pathologies consécutives aux pratiques managériales sont flagrantes à parcourir les écrits de sociologie du droit. Par exemple : DULAC T. et DELOBBE N., « Relations entre les modes de gestion du capital humain, la relation

publiques sont concernées par cette problématique, comme le rappelle le Conseil d'État dans un Avis rendu le 3 mars 2004 : elles ont l'obligation « de se tenir informés des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers »¹. Au besoin, intervient l'inspection du travail par exemple². N'omettons pas non plus de souligner l'action préventive des différentes instances présentes dans l'entreprise³. On pense en particulier au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁴ qualifié de « forum de la santé-sécurité dans l'entreprise »⁵ mais également au comité d'entreprise et aux délégués du personnel⁶.

Tous trois détenteurs du droit d'alerte, à partir duquel ils sont en mesure de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à un danger grave et imminent pour les salariés lors de l'exécution de leur travail⁷. Et le champ d'application de ce dispositif légal ne s'arrête pas aux mesures d'hygiène et de sécurité, puisqu'il s'étend à la situation économique de l'entreprise : un droit d'alerte économique peut en effet être exercé en présence de « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise [...] » énonce l'article L. 2323-78 du Code du travail⁸. Plus encore ce droit peut s'étendre au contrôle du respect des droits fondamentaux des salariés. En témoigne l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 10 décembre 1997 dans lequel il était question de la mise en place d'un dispositif d'enregistrement vidéo cinématographique ou photographique⁹. Un tel exercice variable du droit d'alerte par les instances représentatives démontre à quel point le régime juridique de la responsabilité s'est accru au sein de l'entreprise.

d'emploi et les attitudes et comportements au travail », in *La société flexible* sous la direction de M. de NANTEUIL-MIRIBEL et A. EL AKREMI, Éd. Érés, coll. « Sociétés en changement », 2005, p. 179.

¹ CE Ass., 3 mars 2004, *D.* 2004, p. 973, note H. ARBOUSSET ; *Dr. ouvrier* 2004, p. 206, concl. E. PRADA-BORDENAVE.

² Articles L. 8112-1 et suivants du Code du travail.

³ Cf. SAADA R., « Santé au travail : vaincre l'isolement », *Dr. ouvrier* 2009, p. 200.

⁴ Article L. 4614-10 du Code du travail.

⁵ COEURET A., GAURIAU B., ET MINÉ M., *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009, n° 747, p. 550.

⁶ Pour une liste des instances participant au traitement juridique des problèmes de santé et de sécurité au travail : PÉLISSIER J., SUIPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 654, spéc. p. 835.

⁷ Articles L. 4132-2 et suivants du Code du travail.

⁸ Par exemple en cas de délocalisation : COHEN M., « Les délocalisations et les comités d'entreprise », *SSL* 13 décembre 2004, p. 5.

⁹ Cass. Soc., 10 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 202, obs. G. COUTURIER ; BOSSU B., « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux du salarié », *Dr. soc.* 1998, p. 113.

En dépit de l'implication de ces acteurs de la responsabilisation dans l'entreprise, on est en droit de s'interroger sur la compatibilité entre la santé économique des entreprises et la santé physique et mentale de ses salariés. L'équation est pour ainsi dire composée de deux variables : l'entreprise en tant qu'outil de production doit être la plus compétitive, et le salarié en tant que force de travail doit être le moins vulnérable ¹. Sur le long terme, deux variables tendent au même objectif. C'est pourquoi le droit du travail varie dans le sens d'une responsabilisation de l'employeur (§ 1) et des salariés (§ 2).

§ 1. La responsabilisation de l'employeur

Au nom de la concurrence, de la réactivité et de la qualité, l'organisation du travail a été contaminée par l'urgence au sein de l'entreprise. L'entreprise doit être compétitive sur le marché, ce qui conduit l'employeur à renforcer les contraintes liées aux rythmes de travail, à augmenter la pénibilité physique et la charge mentale des salariés, à accroître la journée de travail, etc. La cause est entendue : les conditions de travail se dégradent ² mais sous un autre angle qui dépasse la qualité du travail. Raison pour laquelle la loi, la jurisprudence et/ou les conventions collectives imposent une meilleure prise compte des risques, une meilleure prise en compte qui provient selon nous davantage d'une prise de conscience de la société que d'une augmentation des risques en soi.

Dans l'optique de la financiarisation précédemment exposée, il convient de souligner que tout est évalué au sein de l'entreprise, y compris les coûts des accidents du travail. A cet effet, des sociétés de conseils juridiques ne vantent-elles pas leur capacité à optimiser les coûts salariaux. En outre, force est de constater que les salariés n'hésitent plus à réclamer une meilleure qualité de vie au travail. On revendique le droit au « bien-être au travail » ³. Ce concept instable n'est pas appréhendé de manière homogène explique Franck Héas ; toujours est-il qu'il semble recouvrir en partie la tendance à la responsabilisation de l'employeur. Ce dernier est garant de la sécurité de ses salariés pendant leur travail (A) et de la sécurité de leur emploi (B).

¹ CASTEL R., *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, 1995.

² VERKINDT P.-Y., « Un nouveau droit des conditions de travail », *Dr. soc.* 2008, p. 634.

³ HÉAS FR., « Le bien-être au travail », *JCP S* 2010, 1284.

A. L'employeur garant de la sécurité au travail

En application de l'article L. 4121-1 du Code du travail, le législateur tend à rendre l'employeur débiteur d'un certain nombre d'obligations à la place de la collectivité. Partant, il classe les risques rencontrés sur le lieu de travail par catégories, dont le contenu s'enrichit de manière notable. Se succèdent les régimes juridiques des « accidents de travail », des « accidents de trajet » et des « maladies professionnelles » respectivement aux articles L. 411-1, L. 411-2 et L. 461-1 du Code de la sécurité sociale.

La première catégorie des « accidents de travail » correspond à la naissance du droit du travail. C'est d'ailleurs la quintessence de cette discipline que d'indemniser les salariés victimes d'accidents de travail. Le docteur Villermé évoquait dès le XIX^e siècle les conséquences des « conditions harassantes de travail »¹, en indiquant la longue durée d'une journée de travail (de 13 à 16 heures durant 260 jours par an) et sa faible rémunération (en moyenne 1,30 francs par jour). Pourtant pendant longtemps, la jurisprudence n'a pas admis que le contrat de travail comporte à la charge de l'employeur l'obligation de restituer l'ouvrier sain et sauf après son travail².

Pour l'essentiel, l'indemnisation des accidents de travail était assurée par l'interprétation du premier alinéa de l'article 1384 du Code civil³, puis, par la loi du 9 avril 1898, abrogée par l'ordonnance du 19 octobre 1945⁴. Ces deux derniers textes ont ensuite permis de mettre en place une couverture sociale, forfaitaire et automatique, par le biais d'une législation de la sécurité sociale⁵. Une responsabilité d'exception a donc été instituée en marge de la responsabilité civile, qui ne suffisait pas à prendre en charge les risques au travail⁶.

L'évolution de la société et de l'économie a à nouveau modifié les données du problème. S'il était urgent au XIX^e siècle de protéger les ouvriers de l'industrie contre l'« exploitation capitaliste »⁷, le droit du travail a fait varier ses dispositions dans le but de couvrir les nouvelles pathologies de l'industrie moderne. À cet effet, la jurisprudence

¹ VILLERMÉ L. R., « Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie », *Union Générale d'Éditions*, coll. « 10/18 », 1840, n° 582.

² Req., 2 décembre 1884, *S.* 1886, I, p. 367 ; 5 avril 1894, *DP* 1894, I, p. 478 ; 15 juillet 1896, *S.* 1897, I, p. 229 ; Civ., 27 février 1929, *DP* 1929, I, p. 129, note G. RIPERT.

³ Cf. TERRÉ FR., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 10^{ème} éd., 2009, n° 910.

⁴ LEROSIER J.-J. et BASLE M., « Les premières lois sociales », *RF aff. soc.* janvier 1981, p. 11.

⁵ Articles L. 451-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

⁶ Même à la suite de l'objectivation du droit de la responsabilité : SALEILLES R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, éd. Arthur Rousseau, 1897.

⁷ Cf. JEAMMAUD A., « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc.* 1978, p. 337.

alimente peu à peu la liste des catégories d'accidents du travail sur le fondement d'une obligation de sécurité. Par exemple, la Chambre sociale est amenée à y inclure les « accidents de mission »¹.

L'obligation de sécurité est effectivement invoquée depuis plusieurs décennies dans le cadre de la responsabilité de l'employeur sur le fondement du Code pénal², comme du Code du travail³. La formule utilisée par la Cour de cassation en 1987 résume parfaitement l'enjeu de cette obligation : « indépendamment des mesures rendues obligatoires par les textes réglementaires relatifs à la sécurité des travailleurs, il appartient au chef d'entreprise de prendre les dispositions nécessaires commandées par les circonstances et relevant de son obligation générale de sécurité »⁴. Par exemple, l'employeur doit informer ses salariés de la dangerosité de certaines matières premières utilisées sur les chaînes de production.

À compter des arrêts rendus le 28 février 2002⁵, l'obligation de sécurité est invoquée dans le contentieux de la faute inexcusable en tant qu'obligation de résultat. Puis elle investit même des domaines où on l'attendait le moins : le droit de la rupture du contrat de travail afin de créer une sorte d'indemnité pour perte d'emploi⁶, afin de lutter contre le tabagisme passif⁷, ou encore afin d'imposer une visite médicale de reprise du salarié⁸. Son expansion est telle qu'une partie de la doctrine y cerne la construction d'un véritable « droit à la santé des salariés »⁹ répondant à un « triple objectif : l'indemnisation, la prévention et le bien-être au travail »¹⁰.

Mais la démarche ne suffit pas à faire reculer les risques professionnels. Certains perdurent, d'autres apparaissent. Ainsi a pu être reconnu victime d'un accident du travail le salarié atteint d'une dépression nerveuse soudaine intervenue à la suite d'un entretien professionnel d'évaluation au cours duquel il avait été informé qu'il ne donnait pas

¹ Cass. Soc., 19 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1022, obs. X. PRÉTOT ; Cass. Civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2003, *JSL* 2003, p. 4, chron. Ph. COURSIER.

² Articles L. 221-6 et L. 222-19 du Code pénal.

³ Articles L. 4221-1 et L. 4121-1 et suivants du Code du travail.

⁴ Crim., 11 juin 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 617, obs. G. LYON-CAEN.

⁵ Cass. Soc., 28 février 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 445, obs. A. LYON-CAEN ; *Dr. ouvrier* 2002, p. 166, note Fr. MEYER ; MORVAN P., « Le "déflocage" de la faute inexcusable », *RJS* 6/02, p. 495 : « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ».

⁶ Cass. Soc., 17 mai 2006, *JCP S* 2006, 1536, note G. VACHET ; 11 octobre 2006, *SSL* 30 octobre 2006, p. 14.

⁷ Cass. Soc., 29 juin 2005, *JCP S* 2005, 1154, note Fr. FAVENNEC-HÉRY ; 30 septembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 102, obs. J. SAVATIER ; BÉAL S., « Le tabac dans l'entreprise », *JCP S* 2006, chron. 11041.

⁸ Cass. Soc., 28 février 2006, *JCP S* 2006, 1278, note P. SARGOS ; *RTD* 2006, p. 23, note B. LARDY-PÉLISSIER.

⁹ BOURGEOT S. et BLATMAN M., « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006, p. 653 ; VERKINDT P.-Y., « La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvrier* 2003, p. 82.

¹⁰ ANDRÉ C., « L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? », *JCP S* 2008, 1094.

satisfaction et qu'il était rétrogradé ¹. Les risques sont dits psychosociaux. À partir de 2006, la Cour de cassation n'hésite pas à rappeler que : « L'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral [...] » ².

Une quantité importante d'enquêtes et de rapports ³ confirme la croissance de « nouvelles formes de vulnérabilité » ⁴ au travail. Les retentissantes affaires de suicide, ayant frappé de grandes entreprises françaises – EDF, Thalès, PSA, Renault ou France Telecom, ont fortement contribué à en faire un sujet de grande presse ⁵. Alors que des auteurs s'interrogeaient en 2008 sur le point de savoir si « le suicide [peut] constituer un risque professionnel » ⁶, force est de reconnaître qu'il est pris en compte par les juges judiciaire et administratif au titre des risques professionnels ⁷.

Un autre exemple de l'incapacité à faire reculer les risques professionnels repose sur l'externalisation de la main d'œuvre : le risque se déplace d'un travailleur à l'autre, du travailleur dit stable au travailleur dit précaire. Ce dernier est souvent surexposé aux risques professionnels en raison d'une insuffisance voire d'un manque de formation. Afin de prendre en charge ses nouveaux risques, certains préconisent une responsabilisation encore plus forte de l'employeur.

En favorisant une reconnaissance plus grande des risques professionnels en même temps qu'une indemnisation plus aisée des victimes ou de leurs ayants-droits, le droit du travail a manifesté sa capacité à faire varier les règles, construire progressivement un « droit des risques professionnels » ⁸. Mais cette construction demeure encore insuffisante aux yeux d'une partie de la doctrine. Des auteurs souhaitent fondre le régime juridique complexe de la responsabilité de l'employeur en un « label unique » ⁹ pour embrasser la totalité des situations dans lesquelles l'origine professionnelle du risque ne fait aucun doute, qu'il s'agisse de

¹ Cass. Civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2003, *D.* 2004, p. 906, note M. HUYETTE.

² Cass. Soc., 21 juin 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 826, obs. Ch. RADÉ ; *D.* 2006, p. 2831, note M. MINÉ ; *RPDS* 2006, p. 405, note E. MINETTE ; 3 février 2010, *JCP S* 2010, 1125, étude C. LEBORGNE-INGELAERE.

³ Cf. NASSE Ph. et LÉGERON P., *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, La documentation Française, 2008.

⁴ BONNECHÈRE M., « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », *Dr. ouvrier* 2003, p. 453, spéc. p. 456.

⁵ Par exemple : BRAFMAN N., « Un rapport juge très élevés les risques psychosociaux au technocentre de Renault », *Le Monde*, 21 octobre 2007.

⁶ GINON A.-S. et GUIOMARD Fr., « Le suicide peut-il constituer un risque professionnel ? », *Dr. ouvrier* 2008, p. 367.

⁷ JOLY B., « La prise en compte du suicide au titre des risques professionnels : regards croisés sur la jurisprudence judiciaire et administrative », *Dr. soc.* 2010, p. 258.

⁸ PLATEL B. et COURSIER Ph., « Avant-propos : vers un véritable droit des risques professionnels ? », *JCP S* 2010, 1156.

⁹ *Ibid.*

situations déjà identifiées ou admises plus tard, comme le stress au travail ou les suicides professionnels.

La proposition est ambitieuse car elle semble même inclure le risque d'« accident industriel ». Toutefois, le législateur ne semble pas enclin pour l'heure à la faire adopter, estimant sans doute que l'incitation financière est suffisante. Il est vrai que le financement de la prise en charge des sinistres subis par les salariés n'est pas négligeable dans le processus de responsabilisation de l'employeur¹. Ce dernier voit les accidents du travail et les maladies professionnelles tarifés, les prestations majorées en cas de faute inexcusable ou intentionnelle, les actions récursoires de la caisse se multiplier à son encontre. On parle de « tarification du risque »².

L'incitation est aussi présente à l'instar de la réforme des modalités de calcul des cotisations opérée par le décret du 5 juillet 2010³. À ce titre, la Caisse nationale de l'assurance maladie n'hésite pas à « vante[r] le renforcement de l'incitation à la prévention »⁴. Néanmoins, là encore, il s'agit d'un acte manqué selon la doctrine : le remplacement, pour le calcul de la valeur du risque, des sommes réelles par des coûts moyens fixés chaque année par arrêté ministériel n'entraîne qu'une facilité de calcul⁵. Le bouleversement des modalités de calcul n'engendre pas plus de prévention *a fortiori* que le précédent système, dans la mesure où le coût des accidents de travail reste stable.

En dépit de ces dernières remarques, l'employeur reste promoteur de la lutte contre la survenance de tout risque professionnel, et ce quelle qu'en soit la cause. La prise en charge par l'employeur de la sécurité des salariés au travail étant ainsi variable, souhaitons que celle de la sécurité de leur emploi soit plus stable.

B. L'employeur garant de la sécurité de l'emploi

D'un droit guidé par l'intégrité physique du salarié, la relation de travail glisse vers un droit se préoccupant de son intégration sociale⁶. L'employeur doit former ses salariés, les adapter, les reclasser dans le but de leur attribuer une identité professionnelle, mais également

¹ DEL SOL M., *L'entreprise face aux risques professionnels, Des aspects juridiques aux implications financières*, Liaisons, 2003.

² PLATEL B. et COURSIER Ph., *op. cit.*

³ Décret n° 2010-753 du 5 juillet 2010, *JO* 7 juillet 2010, p. 2378.

⁴ VOXEUR M., « Calcul du taux de la cotisation "accidents du travail" : des changements importants mais un rendez-vous manqué », *JCP S* 2010, Act. 391.

⁵ *Ibid.*

⁶ BOURGEOT S. et BLATMAN M., *L'état de santé du salarié, De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2005.

une identité sociale. Exposons tout d'abord le dispositif *de lege lata* avant d'inventorier les projets de « statut de l'actif »¹ à venir.

C'est dans l'exigence d'exécuter son contrat de travail de bonne foi que la Cour de cassation a « découvert » l'obligation d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi. Lors d'un contentieux relatif au licenciement économique, la Chambre sociale estime que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi »². Elle déduit de cette affirmation qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement décidé en violation de cette obligation.

La doctrine s'est aussitôt interrogée sur la portée exacte de ce « devoir d'assurer l'adaptation des salariés » : est-il réductible à l'obligation de reclassement de l'employeur en matière de licenciement pour motif économique ? Ou exprime-t-il, au contraire, une exigence générale pouvant être invoquée au-delà du motif de la rupture du contrat de travail ? C'est la seconde perception qui a été retenue par la Cour de cassation, puis votée par le législateur.

La Chambre sociale a en effet admis la possibilité pour le salarié de contester son licenciement pour insuffisance professionnelle à raison d'un manquement de l'employeur à son devoir d'adaptation³. Cette solution prétorienne a ensuite été consacrée par le législateur aussi bien sur le terrain du droit du licenciement que sur celui de la formation professionnelle. La loi du 19 janvier 2000 a tout d'abord introduit, dans la partie relative à la formation professionnelle, un article aux termes duquel « l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois »⁴. Il ne s'agit plus d'un simple devoir selon la règle jurisprudentielle, mais d'une véritable obligation légale.

Subséquentement, la loi du 17 janvier 2002 a marqué l'autonomie de l'obligation d'adaptation en la dissociant de l'obligation de reclassement. Ce faisant, elle précise à l'article L. 1233-4 du Code du travail que « le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés ». La loi du 4 mai 2004⁵ a adopté une formulation différente⁶ en circonscrivant l'obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de « leur poste de travail », mais en y ajoutant à l'alinéa suivant :

¹ GAUDU FR., « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.* 1995, p. 535.

² Cass. Soc., 25 février 1992, *D.* 1992, somm. p. 294, obs. A. LYON-CAEN, *D.* 1992, p. 390, note M. DÉFOSSÉ ; 23 septembre 1992, *JCP E* 1993, II, 430, note J.-J. SERRET, *Dr. soc.* 1992, p. 573, obs. A. LYON-CAEN.

³ Cass. Soc., 21 octobre 1998, *RJS* 12/98, p. 888, n° 1454.

⁴ Ancien article L. 932-2 du Code du travail.

⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, *JO* 5 mai 2004, p. 7983.

⁶ Cf. GOMEZ-MUSTEL M.-J., « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p. 499.

« [l'employeur] veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ».

La doctrine s'accorde à dissocier deux obligations dans ce dispositif légal : l'adaptation du salarié à l'évolution de son poste de travail est pour l'employeur une obligation de résultat, tandis que le maintien de sa capacité à occuper un emploi est une obligation de moyens ¹. Cette opinion doctrinale a été confortée par l'arrêt rendu le 23 octobre 2007 par la Chambre sociale qui attribue une sanction propre à l'obligation de maintenir la capacité professionnelle du salarié ².

Une autre formule doit être envisagée par les entreprises selon une position jurisprudentielle constante : le reclassement du salarié doit être recherché dans toutes les structures de l'entité dont les activités, l'organisation ou le lieu de travail permettent la permutation de tout ou partie du personnel ³. La jurisprudence s'est depuis affinée pour régir l'hypothèse d'un licenciement économique et celle de l'inaptitude physique.

Dans l'hypothèse d'une inaptitude physique, la Chambre sociale a adopté une solution souple : l'obligation de reclassement doit être mise en œuvre dès lors que des données factuelles prouvent une organisation et des relations de partenariat permettant la permutation du personnel, qu'il existe ou non des liens juridiques entre les sociétés ⁴. L'objectif est de saisir la réalité économique de l'entité au-delà des constructions juridiques.

Dans l'hypothèse d'un licenciement économique, la recherche doit s'effectuer parmi les entités d'un même groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'opérer une permutation du personnel ⁵. Une telle recherche doit être réalisée même si une partie des entreprises du groupe est à l'étranger, à moins que l'employeur démontre que le reclassement y est impossible. À ce titre, il est nécessaire, pour caractériser un groupe de permutation, d'établir l'existence d'une organisation et d'une gestion commune des sociétés permettant ladite permutation du personnel ⁶.

En d'autres termes, l'employeur est tenu de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève et de proposer par la suite « tous les

¹ En ce sens : GOMEZ-MUSTEL M.-J., « Formation professionnelle continue », *Rép. Trav. Dalloz*, 2007, n° 183 ; PÉLISSIER J., SUPROT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 227, p. 316.

² Cass. Soc., 23 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 126, obs. J. SAVATIER, *SSL* 24 décembre 2007, n° 1334, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES, *RDT* 2008, p. 33, obs. A. FABRE.

³ Cass. Soc., 5 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 482, obs. Ph. WAQUET, *Dr. soc.* 1995, p. 487, chron. G. LYON-CAEN, *D.* 1995, p. 503, note M. KELLER, *RJS* 1995, p. 321, note P. CHAUVY.

⁴ Cass. Soc., 24 juin 2009, *RJS* 10/09, n° 784.

⁵ Cass. Soc., 7 novembre 2007, *RJS* 2/08, n° 158.

⁶ Cass. Soc., 10 février 2010, *RJS* 4/10, n° 321.

emplois disponibles de la même catégorie ou à défaut d'une catégorie inférieure »¹ aux salariés dont le licenciement est envisagé. Sa démarche doit être en quelque sorte active. En effet, la jurisprudence exige, par exemple, une recherche sérieuse de la part de l'employeur dans un arrêt en date du 25 mars 2009². Aussi large soit-elle, soulignons toutefois que l'obligation de reclassement ne consiste pas en une reconversion des salariés³.

Ce régime d'origine exclusivement prétorienne a été consacré par le législateur. La loi du 18 mai 2010 ajoute à l'article L. 1233-4 du Code du travail la formule suivante : « le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent, assorti d'une rémunération équivalente »⁴. Le texte soulève plusieurs difficultés d'interprétation que la doctrine n'a pas manqué de souligner. La principale discussion porte sur la portée générale de l'obligation de reclassement et sur l'exigence d'une rémunération dite « équivalente ». Les uns considèrent que le texte n'a pas vocation à s'appliquer aux entreprises multinationales qui font l'objet de régime propre, tandis que d'autres invoquent précisément sa vocation à s'appliquer au niveau international⁵.

Quid par ailleurs de l'expression de « rémunération équivalente » ? Comment en effet comprendre l'équivalence ? Doit-on prendre en compte la rémunération précédente du salarié ou tenir compte de la politique de rémunération du nouvel employeur, voire du niveau de vie du lieu d'implantation de l'entreprise ? Dans les deux cas, l'équivalence peut engendrer une différence de traitement fort préjudiciable : soit le salarié sera rémunéré différemment de ses collègues, soit il verra son pouvoir d'achat diminué. Relevons toutefois, comme le souligne le Professeur Françoise Favennec-Héry, l'objectif de la loi du 18 mai 2010 : le législateur a sans doute eu la volonté de réduire les possibilités de reclassement au sein d'un groupe de sociétés⁶. L'avancée nous semble bien timide au regard de la quantité de propositions émises sur cette question préoccupante de la sécurité de l'emploi des salariés.

Force est de reconnaître que la situation précaire du salarié contemporain est devenu un lieu commun : il subit à la fois une instabilité de l'emploi, par de fréquents changements d'employeurs ou de situations de travail, et une insécurité de l'emploi, par des périodes plus

¹ Cass. Soc., 4 mars 2009, *JCP S* 2009, 333.

² Cass. Soc., 25 mars 2009, *RJS* 5/09, n° 487.

³ Cass. Soc., 26 janvier 2010 : les emplois requéraient des compétences que les salariés ne possédaient pas, ainsi qu'un usage courant d'une autre langue.

⁴ Loi du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, *JO* 19 mai 2010, p. 2951.

⁵ FAVENNEC-HÉRY Fr., « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc.* 2010, p. 762, spéc. p. 765.

⁶ *Ibid.*

ou moins longues de chômage. Nombre de travaux d'inspirations diverses¹ ont dressé un bilan alarmiste du marché du travail, sans qu'ils aient été jugés suffisants pour concrétiser leur contenu².

À emprunter la classification des « modèles de demain »³ que certains auteurs ont tentée, plusieurs tendances se dessinent. Une première consiste à laisser faire le marché créateur de richesses et assurer un minimum vital en faveur des plus vulnérables. C'est de la « miraculeuse flexsécurité »⁴ danoise dont il est question ici.

Une deuxième attitude dite « résistante » prône la revalorisation du modèle salarial en tant que « valeur structurante de la société par excellence »⁵. Il s'agirait là aussi d'une doctrine ultime selon laquelle il convient de réinventer la relation de travail en récusant la scission trop facile de l'économie et du social⁶. Elle est radicalement opposée aux courants de pensée prétendant mesurer l'efficacité économique du droit⁷. Ces deux premières tendances sont toutefois trop rudes pour être envisageables, raison pour laquelle les propositions intermédiaires ne manquent pas.

Par exemple, certains économistes⁸ souhaitent faire en sorte que le salarié puisse planifier sa vie professionnelle au gré des modes de vie. Il s'agit d'organiser des transitions professionnelles de manière à ce qu'elles constituent des opportunités choisies dans un

¹ Liste non exhaustive : BLANCHARD O. et TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciements*, La documentation Française, 2003 ; CAHUC P et KRAMARZ F., *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La documentation Française, 2004 ; CAMDESSUS M., *Le sursaut, vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation Française, 2004 ; CERC, *La sécurité de l'emploi face aux défis de transformations économiques*, La documentation Française, 2005 ; MÉDA D. et MINAULT B., *La sécurisation des trajectoires professionnels*, document d'études DARES n° 107, 2005 ; COE, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, 2007 (www.coe-gouv.fr) ; ARNOULT-BRILLE E. (CES), *La sécurisation des parcours professionnels*, La documentation Française, 2007 ; etc.

² L'éclatement conceptuel témoigne de la très grande hétérogénéité des solutions préconisées. Les variations du vocabulaire en usage ne traduisent pas de simples nuances, mais elles révèlent la diversité évidente des projets.

³ MAZEAUD A., *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 6^{ème} éd., 2008, n° 389.

⁴ Jean Rigaudiat ironise la miraculeuse « flexsécurité » danoise en présentant ses trois « vertus » : la flexibilité et la mobilité, une indemnisation des périodes de chômage suffisante pour assurer une véritable sécurité matérielle et la réelle politique d'accompagnement des chômeurs par l'agence danoise pour l'emploi (RIGAUDIAT J., *Le nouvel ordre prolétaire – le modèle social français face à l'insécurité économique*, Éditions Autrement, coll. « AutrementFrontières », 2007, p. 138 et suivantes).

Néologisme incomplètement façonné, la « flexisécurité à la française » peut revêtir diverses appellations voisines auxquelles chacun attache des priorités variables à la flexibilité ou à la sécurité : « flexi-sécurité », « flexsécurité », « flexécurité », etc. (Cf. KESSLER Fr., « Images de la flexicurité : le droit du licenciement aux Pays-Bas », *Dr. soc.* 2008, p. 577).

⁵ MAZEAUD A., *op. cit.*, n° 389.

⁶ « La discipline économique redevient ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être : une science de la vie ordonnée au développement humain » (BARTOLI H., *L'économie, service de la vie*, PUG, 1996, p. 154 et suivantes ; *L'économie multidimensionnelle*, *Economica*, 1991, p. 527).

⁷ Cf. CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A. et KLEIN M. (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2005.

⁸ Cf. SCHMID G., « Le plein emploi est-il encore possible ? Les marchés du travail « transitoires » en tant que nouvelle stratégie dans les politiques d'emploi », *Travail et Emploi*, 1995, n° 65 ; GAZIER B., *Tous « sublimes », Vers un nouveau plein emploi*, Flammarion, 2003 ; AUER P. et GAZIER B., *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, 2006.

parcours continu, plutôt que des ruptures subies. Les « droits de tirages sociaux » imaginés par le Professeur Alain Supiot, dans son rapport remis à la Commission européenne en 1999, participent à cette philosophie¹ : aller « au-delà de l'emploi »², ancrer la sécurité professionnelle non dans les droits et arrangements individuels mais dans un régime juridique universel.

Cette démarche d'inspiration sociale-démocrate suppose de mettre en place une gestion collective des transitions professionnelles en transcendant les statuts d'emplois, c'est-à-dire en supprimant le clivage entre l'activité bénévole, le travail rémunéré et la formation³. Les droits des salariés devront être attachés à leur personne proprement dite, au lieu d'être liés à la relation contractuelle avec l'entreprise. Ils devront être transférables, dits aussi portables, d'une entreprise à une autre. Ce qui signifie que le salarié doit être accompagné pour répondre au risque non seulement d'exclusion professionnelle, mais encore d'exclusion sociale⁴.

La traduction juridique d'une telle revendication⁵ n'est pas aisée. Elle semble toutefois se dessiner à travers le concept flou et mal maîtrisé de la sécurisation des parcours professionnels⁶ que l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a tenté d'échafauder. Cet accord paraît être une étape de la politique des petits pas⁷ que poursuit le gouvernement en place. Mais le dispositif actuel est considéré de manière quasi-unanime⁸ comme décevant, parce qu'il ne prévoit pas de mesures concrètes pouvant s'appliquer de façon immédiate.

¹ En 1995, le Professeur François Gaudu ressentait déjà la naissance de ce « *statut de l'actif* » : « [...] le contrat de travail sert de cadre à une activité totalement extérieure aux rapports de travail. Il tient lieu de référence, alors que la relation de travail elle-même paraît parfois très lointaine » (GAUDU Fr., « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.* 1995, p. 535, spéc. p. 540).

² SUPIOT A. (dir.), *Au-delà de l'emploi, Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999.

³ Dans cette lignée se situent les travaux de la commission Boissonnat, dont l'objectif est de trouver un sens au travail, au travers d'un « *contrat d'activité* », conclu entre les individus et un ensemble composé d'entreprises, de collectivités territoriales, d'organismes de formation et d'associations (BOISSONNAT J., *Le travail dans vingt ans*, La documentation Française, 1995 ; PRIESTLEY Th., « À propos du contrat d'activité proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. soc.* 1995, p. 955).

⁴ PETIT Fr., « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.* 2008, p. 413.

⁵ Cette revendication n'est pas si récente puisqu'elle avait été mise en avant par la CGT depuis la fin du XXe siècle à travers le concept de sécurité sociale professionnelle. En décembre 2004, Jean-Louis Borloo l'avait formulé explicitement en déposant devant l'Assemblée nationale son projet de loi de cohésion sociale : « *Il faut substituer à la notion de salariat celle de sécurité sociale professionnelle* » (DOUMAYROU F., « Le licenciement express de cartons de Borloo », *L'Humanité*, 4 janvier 2005).

⁶ Voir notamment : *Dr. soc.* 2008, p. 268 et suivantes ; *RPDS* 2008, n° 755, p. 79 et suivantes ; *SSL* 2008, n° 1348.

⁷ Nature de la politique gouvernementale déterminée à partir du titre des livres propos de Bernard Brunhes : « La réforme du dialogue social : les petits pas avant les mutations en profondeur » (*Dr. soc.* 2008, p. 404).

⁸ Cf. RADÉ Ch., « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelles réformes ? », *Dr. soc.* 2008, p. 295 ; VERKINDT P.-Y., « Brèves et intempestives remarques sur l'accord sur la modernisation du marché du travail », *JCP S* 2008, Libres propos 76 ; WILLMANN Ch., « Emploi-chômage : une modernisation du marché du travail prometteuse, mais inaboutie », *Dr. soc.* 2008, p. 335 ; AHUMADA C., MILET L. et PREMILAT M., « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail », *RPDS* mars 2008, n° 755, p. 79.

Selon nous, il convient davantage de veiller au perfectionnement des mécanismes actuels et à leur adaptation aux salariés et, de développer une meilleure information sur leur existence et leur processus. En d'autres termes, les entreprises doivent avoir une vision très précise des différents marchés de l'emploi, des qualifications des salariés et des mobilités professionnelles qui existent à l'intérieur de ces marchés au-delà de leur cloisonnement. Qu'à la société de plein emploi succède une société de pleine activité¹ par un phénomène de responsabilisation des entreprises.

En définitive, la responsabilisation de l'employeur tient à la « triple dimension matérielle, organisationnelle et relationnelle des conditions de travail »². Il doit préserver la santé du salarié entendue comme un « état complet de bien-être physique, mental et social qui doit rester un objectif permanent dans l'entreprise »³. Préserver le bien-être physique relevait de la quintessence du droit du travail lors de sa naissance. Préserver le bien-être mental l'est devenu avec la découverte des nouvelles pathologies. Préserver le bien-être social, ou parfois dit sociétal, le devient. L'employeur ne doit plus seulement assurer la sécurité à ses salariés sur leur lieu de travail, mais également leur carrière professionnelle. Pour atteindre cet idéal, une participation active des salariés est sollicitée. L'analyse plus poussée des responsabilités au sein de l'entreprise fait même surgir un transfert de celles-ci sur le salarié lui-même.

§ 2 *La responsabilisation du salarié*

Le salarié se voit responsabilisé dans l'exercice de sa tâche dans la mesure où il supporte un double transfert de responsabilités initialement à la charge de son employeur : il est devenu garant de la qualité de son travail (A) et de son maintien dans l'emploi (B).

A. Le salarié garant de la qualité de son travail

Traditionnellement, le rôle des salariés se cantonne à l'obligation de respecter les consignes de sécurité définies par l'employeur en vertu de son lien de subordination. Comme tout contractant, le salarié est responsable de l'inexécution de sa prestation. Néanmoins, les conséquences juridiques sont propres au droit du travail : face à l'exécution que l'employeur

¹ Cf. DUPEYROUX J.-J., « Travail et activité sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 24.

² VERKINDT P.-Y., « Un nouveau droit des conditions de travail », *Dr. soc.* 2008, p. 634.

³ VERKINDT P.-Y., « La santé au travail. Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvrier* 2003, p. 82.

juge défectueuse, l'employeur a la faculté d'exercer son pouvoir disciplinaire¹ ; face à l'inexécution du salarié, l'employeur peut même être dispensé de lui verser un salaire². Dans les deux cas, des circonstances objectives peuvent nourrir un grief d'insuffisance professionnelle motivant un licenciement³. À ce régime doit bien sûr être ajouté celui d'une demande en dommages et intérêts de la part de l'employeur en réparation du préjudice causé par la faute lourde du salarié. Sur ce point, la jurisprudence est constante⁴ : seules les fautes ordinaires du salarié constituent un risque de l'entreprise que l'employeur doit supporter. En conséquence, le salarié se voit déchargé de la responsabilité d'une partie de ses actes.

Cependant, le salarié est apparu récemment comme débiteur d'une obligation de sécurité sur le fondement de l'article L. 4122-1 du Code du travail. L'employeur peut en effet user de son pouvoir pour sanctionner le non-respect de l'obligation salariale de sécurité⁵. La gravité des faits reprochés peut alors justifier un licenciement. Cette obligation salariale de sécurité a pour origine le droit communautaire. Elle a été envisagée par l'article 13 de la directive-cadre du 12 juin 1989 qui vise une double obligation : l'une générale consistant « à prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur »⁶ ; l'autre, plus précise, exposant le salarié à de multiples obligations de faire ou de ne pas faire, au rang desquelles on peut citer l'obligation d'information, de prudence, ou de coopération. Lors de la transposition par la loi du 31 décembre 1991⁷, pas plus que la directive communautaire, le législateur français ne conçoit d'obligation salariale de sécurité.

L'essor jurisprudentiel de l'obligation salariale de sécurité amène à se poser la question de savoir s'il s'agit d'une « véritable obligation de sécurité »⁸. Le Professeur Jean Savatier avait déjà dénoncé⁹ une maladroite interaction entre les obligations de sécurité, considérant que le salarié répond simplement de fautes qu'il a commises dans l'exécution de son contrat, et qu'il est ainsi inutile de se référer à l'article L. 4122-1 du Code du travail.

¹ Sous la réserve de ne pas porter atteinte aux droits des salariés mentionnés à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

² Sauf disposition légale ou conventionnelle, voire stipulation contractuelle contraire (Soc., 10 juin 2008, *SSL* 23 juin 2008, n° 1359, entretien avec P. BAILLY).

³ Cass. Soc., 9 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 786, obs. Fr. FAVENNEC-HÉRY.

⁴ Cass. Soc., 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 466 ; 12 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 651, obs. J. SAVATIER ; 19 mars 2003 ; *D.* 2004, somm. 384, obs. E. PESKINE.

⁵ Par exemple : Cass. Soc., 23 mars 2005, *TPS* 2005, comm. 172, note P.-Y. VERKINDT, *D.* 2005, p. 1758, note H.-K. GABA.

⁶ Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989, *JOCE*, n° L 183, 29 juin 1989, p. 1.

⁷ Loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991, *JO* 7 janvier 1992, p. 319 ; FAVENNEC-HÉRY Fr., « L'obligation de sécurité du salarié », *Dr. soc.* 2007, p. 687.

⁸ ANDRÉ C., « L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? », *JCP S* 2008, 1094.

⁹ SAVATIER J., obs. sous 30 septembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 102.

Deux arguments démontrent d'ailleurs l'absence de correspondance entre l'obligation de sécurité de l'employeur de celle attribuée au salarié.

En premier lieu, aux termes de l'article L. 4122-1 du Code du travail, l'obligation salariale de sécurité s'apprécie en fonction de la « formation » du salarié, de « ses possibilités » et « conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur ». C'est-à-dire qu'elle fait référence à la perception du salarié du danger qui peut varier en fonction de sa formation, de son âge, de son expérience acquise dans l'entreprise, etc. Dans un arrêt en date du 11 octobre 2005 ¹, la Cour de cassation relève que « les tâches, auxquelles il était reproché [au salarié] d'avoir manqué, correspondaient à ses attributions et à sa qualification ». En l'espèce, il était chargé des fonctions de conseiller à la sécurité en matière de produits dangereux. Pour ce faire, il disposait « des compétences requises, [mais] n'avait pas effectué de façon complète la déclaration administrative obligatoire en matière d'installation classée ; [il] n'avait pas procédé au suivi des stocks de produits dangereux malgré les interrogations de l'employeur [... ni] à la régularisation nécessaire en dépit des éléments techniques connus de lui [...] ». Et la Cour de cassation ne manque pas de faire référence à cette idée : « lorsqu'un salarié persiste à ne pas respecter les règles de sécurité malgré les instructions précises et circonstanciées de son employeur » ², ou lorsqu'un chef de chantier est licencié en raison de son refus « réitéré » de porter le casque de sécurité ³. Aussi, l'obligation est-elle conditionnée aux instructions de l'employeur, ce qui signifie qu'elle « n'est pas une obligation autonome » ⁴ ; elle est conditionnée aux moyens dont dispose le salarié pour exécuter sa tâche. De tels critères conduisent une partie de la doctrine à qualifier l'obligation salariale de sécurité d'obligation de moyens ⁵. Nous partageons ce premier argument tout comme le second.

En second lieu, lorsque le dernier alinéa de l'article L. 4122-1 du Code du travail prévoit que les dispositions « sont sans incidence sur le principe de la responsabilité de l'employeur », cela signifie qu'il ne permet pas d'exonération de responsabilité patronale en cas de manquement du salarié. Autrement dit, l'inexécution de l'obligation salariale de sécurité n'a pas d'effet exonératoire de la responsabilité de l'employeur, ce qui jette le trouble sur son existence à part entière. La doctrine s'accorde sur ce point ⁶.

¹ Cass. Soc., 11 octobre 2005, *D.* 2005, p. 1758, note H.-K. GABA.

² Cass. Soc., 6 juin 2007, *JCP S* 2007, 1584, note P.-Y. VERKINDT.

³ Cass. Soc., 23 mars 2005, *TPS* 2005, comm. 172, note P.-Y. VERKINDT; *D.* 2005, p. 1758, note H.-K. GABA.

⁴ ANDRÉ C., *op. cit.*.

⁵ SARGOS P., *JCP G* 2003, I, 104 ; VATINET R., *Dr. soc.* 2002, p. 534 ; GABA H.-K., *D.* 2002, p. 2082.

⁶ Cf. FAVENNEC-HÉRY Fr., *op. cit.*.

En conséquence, la mise en œuvre des mesures nécessaires à la prévention des risques professionnels incombe à l'employeur, les salariés ne disposant d'aucun pouvoir de décision au sein de l'entreprise, ni de pouvoir de résistance aux ordres de l'employeur. Le texte ne semble pas exiger une initiative de la part du salarié, mais il doit « être capable de reconnaître, d'identifier une situation dangereuse, de faire preuve de bon sens dans des limites qui varient selon les situations et les individus »¹. Le salarié est seulement débiteur d'une obligation de moyens en ce qui concerne la qualité de son travail, indépendamment de l'obligation de sécurité de son employeur.

Ce régime juridique va dans le sens du dispositif légal introduisant en 1982 le droit de retrait du salarié en cas de « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé »². A ainsi été considéré comme « danger grave » l'absence ou l'insuffisance de dispositifs de sécurité obligatoires³. Désormais, les salariés peuvent quitter leur poste de travail sans crainte de perte de salaire ou de sanction disciplinaire en vertu de l'article L. 4131-3 du Code du travail⁴. Il est à noter qu'il ne s'agit que d'une faculté⁵ doublement conditionnée au terme de l'évolution jurisprudentielle : le salarié doit avoir un motif raisonnable de penser que la situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé, et en se retirant, il ne doit pas créer pour autrui une nouvelle situation de danger⁶. Il doit donc veiller à sa propre sécurité et à celle d'autrui. On discerne dans ce dispositif une responsabilisation des salariés dans la prévention des risques au sein de l'entreprise. Et la tendance à la responsabilisation du salarié ne s'arrête pas là, puisqu'il devient également garant de son maintien dans l'emploi.

B. Le salarié garant de son maintien dans l'emploi

¹ MAGGI-GERMAIN N., *Dr. soc.* 2002, p. 492.

² Articles L. 4231-1 et suivants du Code du travail issus de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 (Cf. CHAUMETTE P., « Le CHSCT et le droit de retrait du salarié », *Dr. soc.* 1983, p. 425 ; BOUSIGES A., « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », *Dr. soc.* 1991, p. 279).

³ Cass. Soc., 11 décembre 1986, *JCP E* 1987, II, 14904, note O. GODARD.

⁴ Le prononcé d'une sanction contre un salarié ayant légitimement exercé son droit de retrait peut constituer un délit de mise en danger d'autrui (Cass. Crim., 8 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 181).

⁵ Des auteurs se sont interrogés sur l'existence d'un « *devoir de retrait* » (Cf. GASSER J.-M., « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS* 6/06, p. 463 ; WAQUET Ph., obs. sous Cass. Soc., 9 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 313).

Le droit de retrait, tel qu'il est conçu par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 28 janvier 2009, est devenu selon le Professeur Pierre-Yves Verkindt, « *un véritable droit de la personne humaine dont la protection implique, si nécessaire, une mise sous contrôle du pouvoir de direction de l'employeur* » (*JCP S* 2009, 1226).

⁶ PÉLISSIER J., SUPLOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 662.

L'objet de l'obligation contractuelle du salarié ne se limite pas à fournir le travail convenu, mais à s'adapter en permanence aux exigences de ce travail. C'est la jurisprudence qui fixe l'étendue de cette obligation considérée comme prévue implicite au contrat de travail. Le salarié est tenu de se former pour s'adapter à l'évolution de son emploi, en particulier lorsque son emploi est menacé. Cette obligation a toutefois quelques limites. À titre d'exemple, le salarié peut refuser de se former lorsque que l'employeur a une attitude abusive¹ ou lorsque le déplacement au lieu de formation risque de porter atteinte à sa vie privée et familiale².

Par ailleurs, la conjoncture concourt à rendre le salarié « acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise »³, « acteur du déroulement de sa carrière »⁴. Il en va de son emploi. On perçoit aisément dans le développement par le salarié de son employabilité⁵ un niveau de responsabilité individuelle face au chômage. Il est désormais question de valoriser les compétences des salariés afin qu'ils puissent jouer eux-mêmes un rôle dans la construction de leur carrière professionnelle.

L'ensemble normatif qu'ont mis en place les différents accords collectifs relatifs à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences contribue à faire émerger un droit de la compétence⁶. Concrètement, les accords collectifs relatifs à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences proposent aux salariés de s'impliquer dans l'évolution de leur emploi. Cependant, ces accords connotent un « discours managérial »⁷ assez marqué car la logique de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est devenue un élément de la stratégie de l'entreprise : « le salarié doit émettre des choix, mais ceux-ci doivent répondre aux attentes de l'entreprise »⁸.

À la lecture des accords collectifs, on constate en effet que la compétence du salarié doit se développer en fonction des besoins de l'entreprise « dans le but d'une amélioration constante de sa rentabilité, de la satisfaction de ses clients et de la préservation des emplois »⁹. Par exemple, dans l'accord Air France du 21 juillet 2006, il est précisé que la

¹ Par exemple, lorsque le départ en formation est décidée pendant la période des élections des délégués du personnel, en réaction à l'annonce de la candidature du salarié (Cass. Crim., 28 octobre 1980, *Bull. crim.*, n° 282).

² Reims, 11 janvier 1995, *RJS* 6/95, n° 679 : les juges ont relevé que la formation occasionnait des difficultés de déplacements, portant préjudice au respect de sa vie privée et familiale, que l'employeur refusait de prendre en compte.

³ MOIZARD N., « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 693.

⁴ Accord national interprofessionnel du 23 janvier 2008 sur la modernisation du travail (article 6, § 3).

⁵ CHASSARD Y. et BOSCO A., « L'émergence du concept d'employabilité », *Dr. soc.* 1998, p. 903.

⁶ WILLEMS J.-P., « De la professionnalisation au droit de la compétence », *Dr. soc.* 2004, p. 509.

⁷ MOIZARD N., *op. cit.*, spéc. p. 695.

⁸ PICHHAULT F. et NIZET J., *Les pratiques de gestion des ressources humaines*, Seuil, coll. « Points Essai », 2000, p. 226.

⁹ Cf. Accord Tokheim Services France du 19 septembre 2005.

mobilité professionnelle est « un acte de responsabilité normal et partagé qui s'impose tant à l'entreprise qui se doit de rechercher des solutions qu'aux salariés qui souhaitent poursuivre leur carrière au sein de l'entreprise »¹. Sans véritable portée juridique, ces accords révèlent à tout le moins l'accompagnement stratégique des entreprises à l'évolution des compétences de ses salariés.

Pour l'entreprise, l'employabilité doit répondre avant tout à la performance². La logique de compétence se traduit par l'idée d'une « situation idéale où compétences des salariés et besoins des entreprises sont en adéquation »³. Or, il n'existe aucune définition précise de la compétence. En réalité, chaque accord collectif détaille la démarche de l'entreprise. Cette dernière élabore le plus souvent un référentiel de compétences attendues pour les postes qu'elle confie aux salariés, qui se voient dès lors évalués en fonction de ces critères.

Dans cette perspective, on utilise la technique de l'évaluation qui sert à « recruter, motiver, rémunérer, promouvoir, offrir des itinéraires de carrière, écarter aussi quand cela est nécessaire »⁴. En ce sens, les nouvelles formes de management exigent du salarié un engagement total du salarié dans son travail. La responsabilisation de ce dernier est à son comble. Il est dit que la dérive des pratiques risque de faire glisser le jugement objectif du travail à un jugement subjectif du salarié lui-même. On craint un « glissement de l'évaluation du faire à celle de l'être »⁵ exposant ainsi le salarié à l'arbitraire de l'évaluateur.

Au-delà de cette controverse, il faut noter qu'on attend de plus en plus du salarié qu'il prenne l'initiative de sa demande de formation, et même qu'il assume une partie des coûts financiers pour maintenir, voire développer son employabilité⁶. Soulignons toutefois que le salarié n'est pas garanti d'accéder à de nouvelles fonctions, voire de maintenir son emploi en contrepartie du suivi de la formation. Au demeurant, il est fort conseillé aux salariés de faire progresser leur niveau de qualification au cours de leur vie professionnelle⁷, de se

¹ Accord Air France Triennal de GPE Personnel Solution 2006-2009 du 21 juillet 2006 (Chapitre IV).

² TANGUY L., « De l'évaluation des postes à celle des qualités des travailleurs. Définitions et usages de la notion de compétence », in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'A. SUPIOT, LGCJ, coll. « Droit et Société », 1998, p. 545 ; REYNAUD J.-D., « Le management par les compétences : un essai d'analyse », *Sociologie du travail* 2001, n° 43, p. 7.

³ IGALENS J., « La GPEC : intérêts et limites pour la gestion du personnel », *Dr. soc.* 2007, p. 1074.

⁴ SCIBERRAS J.-Ch., « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *RDT* 2008, p. 498.

Voir aussi : CHIREZ A., « Notation et évaluation des salariés », *Dr. ouvrier* 2003, p. 309.

⁵ SANDRET N., « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », *RDT* 2008, p. 498.

⁶ MOIZARD N., *op. cit.*, spéc. p. 697.

⁷ Cf. article L. 6314-1 du Code du travail issu de la loi du 24 novembre 2009 (LUTTRINGER J.-M. et WILLEMS J.-P., « La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », *Dr. soc.* 2010, p. 417).

responsabiliser au risque de perdre leur emploi, de faire varier leur compétence pour rendre stable leur emploi.

D'une manière générale, un transfert de responsabilité s'est opéré : l'entreprise peut légitimement exiger de ses salariés qu'ils accroissent leurs compétences puisqu'il en va de leur employabilité, voire de la sauvegarde de leur emploi. Ce n'est plus l'entreprise qui est collectivement responsable des compétences de ses salariés, mais chaque salarié qui devient individuellement responsable de l'acquisition et de l'entretien de ses propres compétences. Le regard s'est donc déplacé de l'entreprise sur le salarié, qui devient acteur de sa propre carrière. Il doit élaborer son plan de formation en adéquation avec les performances attendues de l'employeur.

Force est de constater le souci des salariés et du patronat de lutter efficacement contre les risques professionnels, entendus largement comme les risques au travail et les risques de perte d'emploi. Les employeurs sont tenus responsables des effets délétères de leurs organisations du travail, et les salariés de la qualité de leur travail. Ceux-ci éprouvent d'ailleurs le besoin de savoir ce qui se passe au sein de l'entreprise et de comprendre les choix de son investissement. Des démarches sont menées dans cette optique de transparence. Cette responsabilisation formelle est-elle efficace ? C'est la question à laquelle il nous importe de répondre désormais.

SECTION 2

UNE RESPONSABILISATION FORMELLE

La responsabilisation formelle consiste à s'attacher à la forme, l'apparence plus qu'à la matière ou au contenu que nous avons abordé dans les développements précédents. Dans cette perception, nous allons nous attacher à isoler les modèles de règles susceptibles de responsabiliser les acteurs du marché du travail. Ces modèles se découvrent au sein de l'entreprise, et au-delà, dans une perspective étatique. On les regroupe sous l'appellation de *soft law*¹, parce qu'ils relèvent d'un droit souple, c'est-à-dire que les acteurs procèdent eux-mêmes à la réglementation de leur conduite. Ce type de droit se manifeste au niveau local de l'entreprise et au niveau global de l'État perçu comme une entité du monde. Abordons successivement la responsabilisation de l'entreprise (§ 1) et celle de l'État (§ 2).

§ 1 La responsabilisation de l'entreprise

La responsabilisation de l'entreprise suscite des avis très tranchés : les uns y sont favorables parce qu'elle soulignent à quel point les pressions des actionnaires conduit les employeurs à mieux respecter les droits de ses salariés ; les autres défavorables car elle masque la réalité des conditions de travail par une propagande des firmes multinationales. En ce sens, on parle de responsabilité sociale de l'entreprise² : les entreprises intègrent volontairement les préoccupations sociales et environnementales dans leurs activités et dans leurs interactions avec ses partenaires économiques.

Émergent dans cette perspective des formes diverses d'auto-réglementation de l'entreprise. On parle à cet effet d'un phénomène d'autorégulation. Il s'agit d'un processus par lequel les acteurs d'un système juridique procèdent par eux-mêmes à la régulation³. Elle se manifeste à travers divers modes de production normative que des acteurs privés se sont

¹ THIBIERGE C., « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

² On dit aussi responsabilité sociétale de l'entreprise.

³ ROCHFELD J., « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, p. 915.

appropriés : il s'agit de guides de bonnes pratiques, de codes de bonne conduite, de lignes directrices, de charte d'éthique ou d'accords collectifs, etc.

Ces instruments relèvent schématiquement de deux catégories juridiques : il s'agit soit de réglementation dont se dotent les entreprises de manière informelle (A), soit d'accords collectifs conclus à un niveau supra-national, le plus souvent des accords transnationaux (B).

A. Les codes de bonne conduite ou chartes éthique

Les premières traces de la responsabilisation de l'entreprise se découvrent dans ce que l'on appelle les codes de bonne conduite ou les chartes éthique¹. Leur apparition se situerait aux États-Unis pendant les années 1930², en France dans les années 1960 lors de l'analyse des accords collectifs³. D'origine anglo-saxonne, les codes de conduite n'ont pas toujours le même contenu d'une entreprise à une autre, même si un processus d'uniformisation semble toutefois engagé⁴. En effet, si les dénominations de ces instruments sont variables, leur qualification juridique demeure univoque.

Contrairement aux normes imposées par la loi ou négociées par les partenaires sociaux au niveau de la branche, les engagements pris par l'entreprise dans ce domaine sont librement consentis par elle. Ils n'ont qu'une valeur déclaratoire et programmatique, se contentant d'énoncer des recommandations et la politique sociale de l'entreprise, exprimées sous forme d'engagements généraux et imprécis. Ainsi en est-il des dispositions de l'accord conclu dans l'entreprise Danone, le 25 octobre 2001, dans lequel la direction s'engage à garantir l'emploi de tous les salariés concernés par le plan de restructuration, à la condition que ceux-ci participent activement à leur reclassement. Les mêmes conséquences sociales sont prévues dans les accords conclus la même année dans les entreprises Ford Europe et Général Motors.

Un autre exemple connu se trouve dans la loi Sarbanes-Oxley qui, à la suite des scandales Enron et Worldcom de juillet 2002, exige une transparence financière des comptes de l'entreprise, afin de prévenir la faillite inattendue des entreprises. Ses dispositions énoncent trois principes : l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des

¹ Des différences entre codes de conduite et chartes d'éthique ont été systématisées par la doctrine sans pour autant convaincre (MOREAU M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, p. 178 ; AMÉDÉE-MANESME G., « L'impact dans l'entreprise de la mise en place d'une charte éthique et/ou déontologique », *Gaz. Pal.* 1995, p. 1307).

² FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 47.

³ SAVATIER J., « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Dr. soc.* 1960, p. 598.

⁴ ANTONMATTÉI P.-H. et VIVIEN P., *Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, La documentation Française, 2007.

gestionnaires et l'indépendance des organes vérificateurs. La loi s'applique depuis 2004 aux entreprises cotées aux Etats-Unis, et alimente fortement les normes comptables françaises et européennes.

Cette dernière illustration prouve à quel point on peut parler d'affranchissement du principe de territorialité du droit. Ce genre de normes autorégulées peuvent viser l'ensemble des filiales et sous-filiales du groupe, y compris celles établies au-delà des frontières nationales de l'entreprise dominante, les sous-traitants, les concessionnaires, etc. Ils s'appliquent dans toutes les unités du groupe. Ce sont donc non seulement l'entreprise et les sociétés qui en dépendent, mais aussi de plus en plus certains de ses partenaires qui sont visés par ce type de normes.

L'inconvénient est qu'il n'existe aucune obligation juridique sur le plan national ou international de concevoir ce genre de mesures à la charge des entreprises. Un auteur conduit toutefois à nuancer : « la responsabilité sociale n'est pas vraiment une démarche volontaire. Elle l'est dans la décision prise par l'entreprise de s'y engager ou non, décision qui relève de sa liberté de gestion et de sa politique sociale à défaut de prescription légale. Elle ne l'est guère dans sa réalisation car des impératifs juridiques vont s'imposer »¹. Et l'image de l'entreprise qui en découle conforte l'idée. C'est un « moyen de communication sur la place, le rôle et la culture de l'entreprise »² à l'égard des consommateurs, comme des salariés eux-mêmes. La mise en place des dispositifs fait souvent suite à des campagnes médiatiques qui dénonçaient les modes de fabrication des produits de l'entreprise. Elle a également pour objet d'encourager les salariés à s'investir dans l'entreprise avec laquelle ils partagent des valeurs éthiques et morales.

Par exemple, le 24 mars 2009, Jean-Louis Borloo a lancé l'opération « Save your logo »³ qui permet d'associer des fonds publics et privés autour du projet de la sauvegarde de la biodiversité. Ce dispositif mobilise notamment le Fonds français pour l'environnement mondial (FEM), l'Union International pour la conservation de la nature (UIOM) et la Banque mondiale. Ces organismes composent le comité de pilotage chargé du choix et du suivi des programmes de préservation que les ONG locales mettent en place avec les fonds redistribués.

¹ NEAU-LEDUC C., « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.* 2006, p. 952, spéc. p. 955.

² BERRA D., « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 123, spéc. p. 126.

³ www.saveyourlogo.org: « Many species of flora and fauna can be found in the logos of companies, universities and organisations... Save your logo provides an opportunity to invest in the conservation of the species seen in the logos. It is an innovative global initiative in the field of biodiversity that involves public and private funding, with supports like the Global Environmental Facility (GEF), the World Bank, the International Union for Nature Conservation and the Endowment Fund for Biodiversity ».

L'idée consiste à inciter plus de trois cent marques à s'investir dans la préservation des espèces animales et végétales dont elles utilisent l'image dans leur logo. Les premiers partenaires à s'être engagés sont Lacoste pour l'emblème du crocodile, et la Maaf pour celui du dauphin. Ils s'engagent pour une confiance durable expliquée leur communiqué. Les entreprises, qui ont bâti leur notoriété en utilisant l'image d'un animal, ont ainsi l'opportunité de redorer leur propre image. Le logo a désormais un double emploi : bâtir la notoriété et la nourrir. Espérons qu'en fassent autant d'autres marques telles que Puma, Jaguar, Peugeot, etc.

En définitive, les normes autorégulées au sein de l'entreprise constitueraient une sorte de « para-droit »¹. Le même phénomène se manifeste lors de la conclusion d'accords collectifs transnationaux dont la valeur juridique est encore plus problématique.

B. Les accords collectifs transnationaux

Dans l'optique d'une identité de fonctionnement, les entreprises multinationales ont été conduites à conclure elles-mêmes des accords collectifs à caractère transnational². La pratique s'est amplement développée au sein de l'Union européenne³. En effet, des groupes de sociétés à dimension communautaire n'ont pas hésité à engager la négociation de tels accords avec l'instance européenne de représentation du personnel constituée en leur sein et/ou avec une organisation syndicale européenne. Soulignons par exemple la volonté manifeste de la Confédération européenne des syndicats de participer au dialogue social européen⁴.

Seulement, si les intentions des signataires sont louables, le résultat de la négociation collective à ce niveau pêche par l'absence de cadre juridique. Même s'ils disposent d'un « embryon de régime communautaire »⁵, on les dit dépourvus d'effet *erga omnes* parce qu'ils n'emportent aucun effet direct au bénéfice des salariés, ni n'imposent d'obligation aux employeurs⁶. Les accords collectifs dits transnationaux n'entrent effectivement pas dans les

¹ CAUSSE N., *La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du Droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises*, PUAM, 2000, p.235.

² L'expression d'« accords collectifs à caractère transnational » est impropre à traduire l'instrument utilisé par les entreprises multinationales, mais elle est communément employée par la doctrine (Cf. JEANSEN É., *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2008, p. 376).

³ LAULOM S., « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.* 2007, p. 623.

⁴ JEANSEN É., *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2008, p. 374.

⁵ LYON-CAEN A., « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352, spéc. p. 367.

⁶ ANTONMATTÉI P.-H., « Normes sociales européennes conventionnelles : les accords collectifs de niveaux communautaires », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Éd. Panthéon-Assas,

prévisions de l'article 155 du Traité de Rome, qui ne vise que les accords à caractère sectoriel ou intersectoriel conclus « entre partenaires sociaux au niveau de l'Union ». Par conséquent, la doctrine s'accorde à affirmer qu'en dépit de leur existence, les accords transnationaux n'ont aucune assise juridique solide¹. Et le même constat vaut hors des frontières de l'Union européenne².

Pourtant, quelques auteurs ont tenté de lui attribuer une nature juridique. Pour les uns, les accords transnationaux contiennent des règles uniquement incitatives dans la mesure où les institutions européennes ne leur reconnaissent qu'une portée déclaratoire³ ; pour d'autres, il s'agirait de « recommandation destinée aux négociateurs nationaux qui gardent les mains libres »⁴. Les accords collectifs transnationaux semblent donc relever de ce que l'on appelle le « *soft law* »⁵. Pour pallier la « mollesse » de ce droit, les signataires de ces accords ont à cœur de recourir à des méthodes d'encadrement juridique : soit en les rattachant à un ordre juridique national, soit en sollicitant le relais d'un texte pour les transposer dans les ordres juridiques nationaux. Expliquons en quoi ces deux procédés permettent aux accords transnationaux de se doter d'une autorité normative plus ferme.

Le caractère transnational de la négociation collective exclut en principe de la rattacher à un seul modèle national⁶ conformément à la Convention de Rome du 19 juin 1980⁷ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, ratifiée par la France le 21 juin 1982⁸. Cependant, l'interprétation extensive du premier article de ladite Convention de Rome permet le rattachement au motif de l'existence d'un conflit de lois : à défaut de choix exprès, on considère que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits⁹. Le contrat est entendu largement ce qui permet d'y inclure *a fortiori* les accords transnationaux. Le rattachement ainsi fondé, reste à respecter les conditions de validité des conventions et accords collectifs posées par la loi choisie¹⁰. Par exemple, pour

2000, p. 23, spéc. p. 31.

¹ TEYSSIÉ B., « Les groupes de sociétés et le droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 735, spéc. p. 737.

² JEANSEN É., *op. cit.*, p. 377.

³ VIGNEAU Ch., « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. soc.* 2004, p. 883, spéc. p. 886.

⁴ LYON-CAEN G., « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.* 1993, chron. XXXIII, p. 152.

⁵ THIBIERGE C., *op. cit.*

⁶ LANGLOIS Ph., « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201, spéc. p. 207.

⁷ Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* 9 octobre 1980, n° L 266.

⁸ Loi n° 82-523 du 21 juin 1982 autorisant la ratification de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO* 22 juin 1982, p. 1958.

⁹ TEYSSIÉ B., « La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe », in *Liber amicorum H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 821.

¹⁰ Article 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

qu'un accord collectif transnational acquiert « un surcroît d'autorité publique »¹ en France, il est indispensable que parmi les signataires de l'accord soit présente une organisation syndicale représentative au sens des articles 2111-1 et suivants du Code du travail.

Le second procédé consiste à « transposer l'accord dans les États où le groupe déploie ses activités, et ce par la voie d'accords nationaux conclus conformément aux dispositions du droit local des accords collectifs »². À l'échelle communautaire, la transposition prend la forme d'une directive, à l'échelle internationale, la forme d'accords collectifs locaux. L'efficacité dépend dès lors de l'instrument national qui en assure sa mise en œuvre. Par exemple, en France, les articles L. 3344-1 du Code du travail permettent la mise en place d'accords collectifs au sein d'un groupe d'entreprises relativement à l'épargne salariale. D'une manière générale, cette méthode est discutable selon nous, dans la mesure où conditionner l'effectivité de l'accord à sa transposition au sein de chaque État risque d'altérer son caractère précisément transnational, d'altérer la cohérence du résultat de la négociation.

Aussi applicables soient-elles, ces solutions ne résolvent en rien la question de leur assise juridique. Elles permettent juste de pallier le défaut de cadre juridique à l'échelle transnationale grâce à des procédés applicables à l'échelle nationale. C'est pourquoi a été imaginé de bâtir un « ordre conventionnel communautaire »³. La création d'un cadre européen optionnel a même été envisagée par la Commission⁴, mais les projets n'ont jamais abouti.

À relire le Traité établissant la Constitution pour l'Europe, la question semble même ne pas être une priorité, puisqu'il y est affirmé que le rôle des partenaires sociaux est promu à partir de la diversité des régimes de négociation collective composant l'Union⁵. La formule démontre une « volonté de ne pas doter les accords collectifs européens d'un régime impératif uniforme »⁶, alors que les auteurs estiment que « le temps est à coup sûr venu de s'attacher à la construction d'un droit homogène des groupes de sociétés »⁷. Nous partageons cette idée de ne pas s'arrêter à l'échelle européenne, mais de se préoccuper tout autant de l'échelle internationale. Il en va de l'articulation « globale » du droit du travail.

¹ TEYSSIÉ B., « Les groupes de sociétés et le droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 735, spéc. p. 737.

² *Ibid.*

³ Pour un exposé de la suggestion : LAULOM S., *op. cit.*.

⁴ Communication de la Commission, « L'agenda social », 9 février 2005, COM (2005), 33 final, p. 8 : « *Offrir un cadre optionnel pour la négociation collective transnationale, soit au niveau de l'entreprise, soit à l'échelle d'un secteur, pourrait aider les entreprises et les secteurs à relever les défis se rapportant à des questions telles que l'organisation du travail, l'emploi, les conditions de travail et la formation. Cela donnera aux partenaires sociaux une base pour accroître leur capacité d'agir au niveau transnational* ».

⁵ Article I-48 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *JOCE* 16 décembre 2004, n° C 310.

⁶ LAULOM S. et VIGNEAU Ch., « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.* 2005, p. 526.

⁷ TEYSSIÉ B., *op. cit.*, spéc. p. 737.

§ 2 La responsabilisation de l'État

Comment l'État est-il sensibilisé aux conditions de travail et d'emploi des salariés ? Remplit-il toujours la mission qui lui a été confiée à l'aube des premières lois sociales¹ du XIXe siècle ? Ce sont les interrogations auxquelles nous répondrons, avant de suggérer l'approfondissement de la réflexion relative à l'articulation « globale » des règles.

De lege lata, une forme de désétatisation semble prendre place face à la diversité des textes internationaux, européens et communautaires qu'il est difficile d'articuler (A). C'est pourquoi, il nous paraît indispensable de réfléchir à la loi sociale internationale telle que l'on souhaiterait qu'elle soit (B).

A. *De lege lata*

En considérant la loi telle qu'elle existe, force est de reconnaître que l'État est dépassé par la dimension internationale du marché du travail. Une pression concurrentielle entre les entreprises crée un phénomène de « concurrence entre les systèmes juridiques »² que l'on nomme encore *law shopping*³, ou « *elf-service* normatif »⁴. Désormais, « le marché se substitue à la nation, s'impose à l'État, devient le droit »⁵. C'est-à-dire que le droit du travail se conçoit à partir d'une analyse économique des coûts sociaux supportés par les entreprises⁶.

Les délocalisations fondées sur une comparaison des coûts sociaux ne sont pas un « mythe »⁷ affirme déjà le Professeur Emmanuel Dockès en 2000. Il cite à cet égard l'affaire Vidéocolor à partir de laquelle la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 5 avril 1995⁸, a précisé les contours de la notion d'entreprise⁹. L'analyse comparative des coûts du travail a

¹ LEROSIER J.-J. et BASLE M., « Les premières lois sociales », *RF aff. soc.* janvier 1981, p. 11.

² Cf. MOREAU M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006.

³ VANDERLINDEN J., « Pluralisme radical, révélation et common law anglaise », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 583.

⁴ SUPLOT A., « Du nouveau au self service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 541.

⁵ MAZÈRES J.-A., « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in *Marché-nation, regards croisés*, sous la direction de B. STERN, Montchrestien, 1995, p. 124, spéc. p. 146.

⁶ Cf. CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A. et KLEIN M. (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2005.

⁷ DOCKÈS E., « Le droit du travail, Justifications et moyens d'un droit du travail mondial », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de C. KESSADJIAN et E. LOQUIN, Litec, 2000, p. 463, spéc. p. 465.

⁸ Soc., 5 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 482, obs. Ph. WAQUET, *Dr. soc.* 1995, p. 487, chron. G. LYON-CAEN, *D.* 1995, p. 503, note M. KELLER, *RJS* 1995, p. 321, note P. CHAUVY.

⁹ Cf. supra.

eu sans nul doute dans cette hypothèse une influence indéniable. En effet, comme on l'a dit plus haut, « l'État ne peut plus se poser comme le guide, l'instructeur et le maître du changement »¹. Il est en quelque sorte supplanté, dessaisi, enfermé dans les contraintes extérieures de la mondialisation de l'économie. Comment soutenir alors l'idée d'une responsabilisation de l'État ?

En réalité, parmi ces contraintes extérieures, il nous semble que certaines apportent aux États un réel appui en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits fondamentaux des salariés. D'emblée, on songe aux conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) instituée dès 1919 par le Traité de Versailles. La principale mission de cette institution est de promouvoir le principe selon lequel « tous les êtres humains quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales »². Ses normes internationales du travail visent dès lors à soumettre la concurrence internationale à des règles communes et, à éviter en conséquence que les pays ne s'engagent dans une course au « moins-disant social »³ en fondant leur compétitivité sur de mauvaises conditions de travail. C'est en ce sens que nous estimons que l'Organisation internationale du travail responsabilise les États.

L'État français n'y échappe pas. Il a par exemple été contraint de s'incliner à la suite de la décision du Bureau international du travail (BIT) rendue le 14 novembre 2007, selon laquelle le « contrat nouvelles embauches » a été déclaré contraire à la Convention n° 158 du 22 juin 1982 relative au licenciement⁴. Cette décision confirme la position qu'avaient adoptée les juridictions judiciaires⁵ et inflige un démenti au Conseil d'État qui avait jugé « raisonnable » au sens de ladite convention le délai de deux ans pendant lequel l'employeur pouvait licencier sans motif le salarié⁶. Toutefois, il est assez rare que les États soient ainsi contraints de modifier leur réglementation. Tout d'abord, parce que la portée obligatoire des conventions de l'Organisation internationale du travail ne se manifeste qu'en cas de ratification des États ; ensuite, parce que la plupart des textes internationaux relatifs au travail

¹ CULPEPPER P. D., HALL P. A. et PALIER B. (dir.), *La France en mutation 1980-2005*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006, p. 30.

² Cf. www.ilo.org/public/french/

³ DAMY G., « La nécessité d'une approche renouvelée du droit social européen », *TPS* 2004, chron. p. 5, spéc. p. 7.

⁴ Décision BIT, 14 novembre 2007, *RJS* 1/08, n° 59 ; SERVERIN É. et GUIOMARD FR., « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *RDT* 2007, p. 692 ; SERVAIS J.-M., « L'application par la France de la Convention n° 158 de l'OIT », *RDT* 2008, p. 196.

⁵ Cons. prud'h. Longjumeau, 20 février 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 356, chron. E. DOCKÈS ; CA Paris, 6 juillet 2007, *JCP S* 2007, 1565, note P. MORVAN ; *RJS* 8-9/07, n° 982, chron. J.-Ph. LHERNOULD ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 504, chron. L. MILET.

⁶ CE, 19 octobre 2005, *JCP S* 2005, 1317, concl. Ch. DEVYS et note R. VATINET.

demeurent de simples recommandations sans force contraignante. La responsabilisation tiendrait en définitive d'une démarche purement volontariste ¹. Et ce ne sont pas les récentes déclarations ² adoptées qui vont contredire ce constat. Les instruments juridiques de l'Organisation internationale du travail dite « à bout de souffle » ³ relèvent davantage de l'incitation que de l'obligation en matière de respect des droits fondamentaux du travail. Peut-on en dire autant de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme réputée exercer une forte influence sur les Etats signataires ?

La réponse est affirmative à analyser les écrits doctrinaux : la Convention européenne des Droits de l'Homme se diffuse « contre vents et marées [...] en France depuis 25 ans » ⁴. Il est vrai que les affaires *Spileers* ⁵ et *Nikon* ⁶ marqueront sans doute à jamais l'histoire de l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme en France ⁷. Dans les deux cas, la Cour de cassation est allée, dans la protection des salariés, plus loin que le droit interne n'était jamais allé, plus loin même que la Cour européenne des Droits de l'Homme ne s'était aventurée sur le terrain du contrôle du respect des droits fondamentaux des salariés.

Dans la première espèce, la Chambre sociale n'a pas hésité à fonder sa décision sous le seul visa de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour stigmatiser la clause de domicile imposée au salarié. Elle affirme que « toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit et, qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionné [...] au but recherché ». Quant à l'arrêt *Nikon*, il s'appuie sur ledit article 8 pour décider qu'un employeur est frappé d'une interdiction de prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par un salarié grâce à un outil informatique mis à sa disposition exclusivement

¹ On dit que l'Organisation internationale du travail « manque de dents » (CHÉROT J.-Y., « Les droits fondamentaux au travail et la globalisation. Un nouveau modèle dans le droit global », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 1505, spéc. p. 1513).

² Par exemple, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale adoptée en 1977 et amendée en 2000 ou la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail adoptée en 1998.

³ GRAVEL É., « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité », in *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, sous la direction de J.-Cl. JAVILLIER, éd. Institut International d'études sociales, 2007, p. 55 ; ZANI M., « Quelques remarques pour stimuler la réflexion sur l'avenir du système normatif du BIT », *RRJ* 2008-1, p. 431.

⁴ MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P., « La Chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *JCP S* 2009, 1001.

⁵ Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 358, note J. HAUSER ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RJS* 1999, p. 94, note J. RICHARD DE LA TOUR.

⁶ Cass. Soc., 2 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2002, p. 2296, note Ch. CARON ; *Defrénois* 2002, p. 1407, note A. RAYNOUARD.

⁷ Son texte en lui-même comme la jurisprudence de la Cour EDH (Cf. MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P., *op. cit.*).

pour son travail. Ces deux arrêts sont précurseurs de l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en France. Contraint d'assurer le respect des droits fondamentaux du travail, le juge français se plie à la logique sociale édictée par cette Cour. La tendance paraît être à l'opposé de celle de la Cour de Justice des Communautés européennes qui fait prévaloir une logique économique.

Ce sont les arrêts Viking, Laval¹ et Rüffert² qui illustrent le mieux cette « opposition quasi-culturelle »³. Les trois affaires ont frappé l'opinion en raison de leur caractère « antisocial »⁴. Le raisonnement de la Cour de Justice des Communautés européennes a conduit à autoriser le paiement de travailleurs détachés à un taux de salaire moins élevé que le taux de salaire minimal prévu par la convention collective locale, et à placer sous le joug des libertés économiques les actions collectives ayant pour objet d'atténuer les effets de la délocalisation. Ces solutions sont-elles surprenantes ? L'affirmative va de soi, mais elle nécessite cependant d'être nuancée. En effet, il nous semble trop réducteur de résumer la construction jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes à ces trois décisions. Il est impensable d'occulter l'insertion progressive d'objectifs sociaux en droit communautaire⁵. Citons pêle-mêle quelques domaines dans lesquels les directives communautaires ont permis des avancées sociales notables⁶ : l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, le statut du travailleur précaire et de la femme enceinte, l'aménagement du travail et du droit au repos, l'information et la consultation des salariés, la santé et la sécurité au travail, etc.

À ce titre, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le 7 décembre 2000 représente une étape déterminante dans la construction du modèle social qu'elle entend mettre en œuvre. Elle est le premier texte à fournir un « catalogue assez complet des droits sociaux fondamentaux », lesquels ne faisaient l'objet que d'une référence au sein de l'article 136 du Traité⁷. L'avancée est considérable, même si le contenu de la Charte demeure limité, voire incertain. On pense particulièrement à la classification obscure

¹ CJCE, 11 décembre 2007, aff. 438/05, Viking, *RJS* 3/08, n° 349 ; 18 décembre 2007, aff. 341/05, Laval, *SSL* 7 janvier 2008, n° 1335, note S. LAULOM.

Voir RODIÈRE P., « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de la négociation collective », *RTD eur.* 2008, p. 47 ; CHAUMETTE P., « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.* 2008, p. 210 ; EDELMAN B., « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, p. 1547.

² CJCE, 3 avril 2008, aff. 346/06, Rüffert, *RJS* 7/08, p. 601, note J.-Ph. LHERNOULD, *Dr. soc.* 2008, p. 866, chron. N. MOIZARD.

³ MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P., *op. cit.*, spéc. p. 891.

⁴ LHERNOULD J.-Ph., « La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives », *RJS* 7/10, chron. p. 507.

⁵ BONNECHÈRE M., « De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *Dr. ouvrier* 2000, p. 84.

⁶ Cf. SCHMITT M., « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.* 2010, p. 682.

des « droits » et des « principes » sociaux qui rend délicate la détermination de leur justiciabilité¹.

La stratégie européenne pour l'emploi (SEE), mise en place au sommet de Luxembourg de 1997, se veut également porteuse de droits fondamentaux par la voie de la méthode ouverte de coordination (MOC) et la promotion d'objectifs communs (par exemple élever les taux d'emploi), bien qu'elle demeure formellement non contraignante. Il est à observer que depuis le sommet de Lisbonne de 2000, elle fait de la qualité de l'emploi l'un de ses principaux objectifs et porte une attention soutenue à la conciliation entre mobilité et sécurité².

En somme, la présence des droits fondamentaux à l'échelle globale, comprise comme l'échelle communautaire, européenne, et internationale, a le mérite de renforcer leur effectivité par des initiatives variablement responsables, mais elle pêche par leur articulation extrêmement différenciée. Les règles du droit du travail « semblent surgir de partout, à tout moment et en tout sens »³. Une question se pose : comment articuler ces règles variables ? Comment « ordonner le multiple »⁴ ? Cette interrogation nous renvoie à la vision « post-moderne »⁵ que l'on se fait du droit à travers la notion du pluralisme juridique. Deux lectures sont alors concevables⁶.

L'une majoritaire consiste à dire que l'ordre juridique de l'État incorpore les normes supranationales et délègue à des sujets privés le pouvoir de poser des règles qui s'inscrivent d'emblée dans sa hiérarchie interne ; ce qui semble être le cas en partie au regard de l'application directe des règlements communautaires dans les États-membres. L'autre plus minoritaire conçoit l'existence d'ordres juridiques distincts, qui valent comme tels sur le territoire national, dès lors tenue d'assurer leur application. Il existerait ainsi du « droit (c'est-à-dire une forme spécifique de normativité sociale) en dehors de l'État »⁷. Nous prenons le parti de cette seconde lecture. Une analyse pragmatique du régime d'application des règles du droit du travail conduit en effet à penser qu'on est désormais en présence de plusieurs espaces

⁷ Article 136 CE : « *La Communauté et les États-membres [sont] conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européen signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989* ».

¹ Cf. SCHMITT M., *op. cit.*, spéc. p. 688.

² *Ibid.*

³ DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, coll. « Essais », 1994, p. 52.

⁴ *Ibid.*

⁵ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 5, 1998 ; GRUA Fr., « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59.

⁶ PÉLISSIER J., SUPPIOT A. et JEAMMAUD A., *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, n° 48 ; JEAMMAUD A., LE FRIANT M. et LYON-CAEN A., « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, chron. p. 359.

⁷ PÉLISSIER J., SUPPIOT A. et JEAMMAUD A., *op. cit.*, n° 48.

juridiques qui agissent simultanément sur des échelles différentes. Coexistent un ordre global et un ordre local.

Compte tenu de cette articulation « glocale », l'intervention de l'État semble devenir formelle. Une partie de la doctrine parle même d'un passage « de l'État tutélaire à l'État facilitateur ? »¹. En évoquant l'idée cette fois de « l'État stratège »², André-Jean Arnaud s'interroge sur la question de savoir si la véritable fonction de l'État ne serait pas plutôt, aujourd'hui, de « définir des règles du jeu et d'harmoniser les comportements [...] »³. Autrement dit, il se pose la question de savoir si l'État ne serait pas devenu un organe « régulateur »⁴. L'apparition de ces normes supranationales modifie en effet son rôle pour le muer en instance régulatrice. Il fait œuvre de régulation⁵. Si l'on s'en tient à la définition du Vocabulaire juridique, publié par le Doyen Gérard Cornu sous l'égide de l'association Henri Capitant, la régulation s'entend comme l'« équilibrage d'un ensemble mouvant d'initiatives naturellement désordonnées par des interventions normalisatrices, action de régler un phénomène évolutif »⁶. Il en va de la responsabilité de l'État français d'ajuster la variabilité des règles du droit du travail applicables.

En définitive, l'État nous paraît se responsabiliser à l'échelle macroscopique sous l'effet des différents organismes internationaux que sont l'Organisation internationale du travail par exemple et autres instances européennes et communautaires. Mais l'ordonnement de ces règles ne répond pas à une logique unique, ce qui nous conduit à concevoir la responsabilisation de l'État *de lege ferenda*.

B. *De lege ferenda*

Imaginer la loi sociale internationale, telle que l'on souhaiterait qu'elle soit, est un défi que s'est lancée une partie de la doctrine. Il est vrai que le foisonnement des règles, variablement contraignantes et incitatives comme nous l'avons démontré précédemment,

¹ LAVILLE J.-L. (dir.), *L'économie solidaire, Une perspective internationale*, Hachette littératures, 2007, p. 298.

² ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 20, 2^{ème} éd., 2004, p. 143.

³ Cf. CHEVALLIER J., *Institutions politiques*, LGDJ, 1996, p. 158.

⁴ ARNAUD A.-J., *op. cit.*, p. 143.

⁵ MOCKLE D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2002, p. 396 ; MIAILLE M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, éd. L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1995 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes définitions de la régulation », *LPA* 10 juillet 1998, Dossier spéc. « La régulation : pluralisme ou monisme ? », p. 3 ; CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 5, 1998 ; JOBART J.-Ch., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ* 2004-1, p. 33, spéc. p. 54.

⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, V° « Régulation ».

engendre « une vocation générale du droit aux transcendances »¹ qu'il est légitime de vouloir encadrer. Or cet ordre transcendantal pluriel conduit à de nombreuses interprétations fluctuantes qu'il convient de mettre en ordre, parce qu'elles mettent en péril la stabilité du droit du travail, les acquis sociaux des États développés, et risquent ainsi de provoquer une régression sociale². La difficulté est alors de dessiner le cercle du noyau dur de l'ordre public absolu à l'échelle internationale qui permettra des adaptations locales, tracer les lignes d'une articulation « globale » des règles plus effective.

Il faut déterminer des standards assez généraux, de « standards de comportement, des normes d'orientation, plutôt que des règles impératives de conduite »³, parce que les normes de la globalisation sont destinées à régir des réalités juridiques différentes. Les règles se déplacent vers des espaces élargis qui occultent en partie les particularités locales. L'idée est d'allier les tendances globales du marché aux réalités locales de l'entreprise à partir de principes fondamentaux dont la vocation serait de régir la situation de chaque salarié.

Comme cela a parfois été observé, c'est ainsi que fonctionne le droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁴. Il s'y est créé une sorte de patrimoine commun d'identification de principes fondamentaux à sauvegarder et de violations qu'il convient de combattre⁵. Ces principes s'érigent en « notions autonomes », c'est-à-dire qu'ils « cristallisent leur propre signification, à laquelle les systèmes nationaux doivent ensuite s'adapter »⁶. Cette question n'a pas besoin d'être à nouveau discutée. Le perfectionnement des mécanismes internationaux est évident. La difficulté réside dans la détermination des principes fondamentaux que l'on souhaite ériger. Quels mécanismes doit-on mettre en place pour assurer le respect de normes sociales fondamentales ?

Plusieurs tentatives ont été entreprises dans l'espace mondial, mais les techniques de convergence sont peu coordonnées. Elles sont tant dispersées qu'elles justifient la qualification de l'articulation des règles en réseaux : le centre est partout et la périphérie aussi⁷. Déjà des droits et des libertés sont reconnus et consacrés en droit du travail depuis

¹ LASSERRE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279, spéc. p. 2285.

² DAMY G., « La nécessité d'une approche renouvelée du droit social européen », *TPS* 2004, chron. p. 5, spéc. p. 7.

³ De concepts ouverts dits « *opentextured* » en anglais (AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, p. 75).

⁴ Cf. AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 73.

⁵ Cf. AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 60.

⁶ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 73.

⁷ Un sociologue parle de « *réseaulisation* » (GALLAND B., « De l'urbanisation à la "glocalisation", L'impact des technologies de l'information et de la communication sur la vie et le forme urbaine », in *The Impacts of Information Technologies On Urban Form And Life*, Monte Verita, Ascona, 1995, p. 20).

longtemps dans l'optique ancienne d'un idéal démocratique¹. Une sorte de consensus international existe² quant à la reconnaissance de ces valeurs fondamentales, une sorte de « décalage conceptuel fédérateur »³. Ce discours de proclamation⁴ laisse émerger une réelle volonté de reconnaître des droits communs universels⁵.

Une première réponse partiellement effective se décèle dans ce que l'on appelle la « clause sociale ». C'est un dispositif qui accompagne la libéralisation des échanges en subordonnant plus ou moins rigoureusement le bénéfice de nouvelles libertés marchandes au respect de normes du travail jugées fondamentales⁶. Il s'agit d'imposer une législation sociale minimale à l'ensemble des États parties au libre échange pour égaliser la concurrence. Cela signifie qu'il donne accès au marché à condition de respecter des garanties sociales octroyées à la main d'oeuvre dans le pays de provenance des marchandises⁷.

L'intérêt pour la mise en place de ce procédé de lutte contre le *dumping social* a été réactivé par la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) substituée au GATT. L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) qui a accompagné de façon originale l'ouverture de cette phase d'intégration économique régionale constitué par l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) en offre une illustration frappante⁸. Cependant, la doctrine est partagée sur le champ d'application des garanties à une telle échelle : quelles normes doit-on garantir et surtout comment les faire appliquer ? Selon quelles modalités faire progresser l'adoption de normes minimales ?

La doctrine s'accorde sur la nécessité d'élaborer un « socle de normes sociales »⁹, mais les moyens d'y parvenir diffèrent. Doit-on inciter à la ratification de conventions ou imposer une législation sociale minimale à l'ensemble des États parties au libre échange ? Plusieurs voies sont théoriquement possibles : « renvoyer par une disposition au sein de l'accord commercial international aux législations sociales internes des États membres, « rédiger une nouvelle convention internationale », ou encore « intégrer un volet social renvoyant à des normes sociales fondamentales dans l'accord relatif à l'OMC »¹⁰ par

¹ N'installe-t-il pas là « un état de droit dans l'État de droit » ?

² AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 57.

³ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 73.

⁴ SUDRE FR., *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1999.

⁵ DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. « Essais », 1998, p. 25.

⁶ Cf. JEAMMAUD A., « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Dr. ouvrier* 1998, p. 240, spéc. p. 247.

⁷ Cf. GRAZ J.-Ch., *La gouvernance de la mondialisation*, La Découverte, coll. « Repères », p. 66 ; BESSE G., « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Dr. soc.* 1994, p. 841, spéc. p. 843.

⁸ Cf. MOREAU M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006.

⁹ BESSE G., *op. cit.*, spéc. p. 845.

¹⁰ BESSE G., *op. cit.*, spéc. p. 846.

exemple. D'une manière générale, un choix doit se dessiner entre unification, uniformisation et simple harmonisation. L'œuvre la plus opportune combinerait sans doute les trois modalités, mais la dernière semble être la moins difficile à pratiquer dans l'immédiat¹, d'autant qu'elle est déjà l'œuvre au niveau communautaire.

Au demeurant, nous nous rallions à l'idée de construire un système juridique transfrontalier à l'image de la *Lex mercatoria*. Cette norme développée en droit commercial international a pour but de « proposer un système moins étatique, plus efficace, moins formel, plus diffus, transfrontalier, exclusivement contractuel »². Sa caractéristique est précisément l'autonomie du droit international par rapport aux droits nationaux³. Pourquoi ne pas suggérer la transposition de ce système en droit du travail ? Pourquoi ne pas reconnaître une *Lex sociala* distincte des droits nationaux ? Après tout, une telle reconnaissance pourrait déjà fonder les accords transnationaux dont on a discuté précédemment la juridicité⁴. Certains auteurs considèrent qu'une telle loi sociale internationale existe déjà⁵, « au premier chef, des conventions adoptée dans le cadre de l'Organisation internationale du travail »⁶. Reste à ce que se concrétise le projet de manière plus évidente, cet tel n'est pas le cas à l'heure actuelle. Loin de nous l'idée de présager l'avenir du droit international du travail dans ces quelques lignes. Nous estimons pour le moins indispensable de réfléchir à ces perspectives, notamment à réfléchir à ce que l'on entend caractériser « principe fondamental » à l'échelle internationale.

En somme, se développent de plus en plus efficacement des vecteurs de perméabilisation des systèmes juridiques⁷. Face aux diverses luttes politiques, le droit n'est pas sans moyen pour réagir et s'adapter à un environnement plus globalisé ; il y répond par un

¹ Cf. JEAMMAUD A., *op. cit.*, spéc. p. 246.

² DEUMIER P., « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de C. PIGNARRE, Dalloz, 2005, p. 101, spéc. p. 108.

³ « La théorie de la *lex mercatoria* a développé depuis une vingtaine d'années le pari de l'existence de règles spécifiques du commerce international, autonomes des législations nationales, et échappant à l'emprise de tout ordre juridique étatique pour se former à l'intérieur d'une communauté transnationale d'opérateurs du commerce international » (DUBARRY J.-C. et LOQUIN E., « La valeur normative de la *Lex mercatoria* », *RTD com* 1992, p. 171 ; Cf. LAGARDE X., « Approche critique de la *Lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 125).

⁴ GOLDMAN B., « Frontières du droit et *Lex mercatoria* », *Arch. phil. droit* 1964, p. 177.

⁵ Par exemple : MARLEAU V., « Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier en droit du travail », in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS*, éd. BIT, 2004, p. 363, spéc. p. 401.

⁶ TEYSSIÉ B., « La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 821.

⁷ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 80 et suivantes.

mélange de technicité juridique et de choix de valeurs sociales ¹. Reste que le succès d'une telle entreprise nécessite une interaction entre l'ordre global et l'ordre local, qui est absente pour l'heure. Sans prétendre inventer un corpus de règles minimales assorties de garanties, il importe de réfléchir en profondeur à cette dimension « globale » de l'articulation des règles du droit du travail.

¹ Cf. MOREAU M.-A. et TRUDEAU G., « Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie », *Relat. Ind.* 1998, vol. 53, p. 1, spéc. p. 31.

CONCLUSION DU TITRE 2

Les règles du droit du travail ont la capacité à faire varier leur teneur dans un sens global comme dans un sens local ce qui affecte tant le salarié que l'entreprise. L'articulation des règles en droit du travail varie au sein d'un double processus « glocal » de financiarisation et de responsabilisation à la suite de l'impact de la mondialisation de l'économie sur les relations de travail.

Le premier de ces processus semble être l'œuvre concrète de l'association du capital et du travail. On parle désormais de liquidité du capital en ce que l'entreprise ne se perçoit plus comme le modèle fordiste implanté sur le territoire national, mais comme une unité plus large de direction économique ; et de liquidité du travail en ce que le salarié ne se perçoit plus comme une force de travail, mais comme une valeur du capital de l'entreprise qu'elle doit optimiser pour rester compétitive. Le droit du travail fait varier en conséquence l'application de ses règles pour faire face à la financiarisation de l'entreprise et des salariés qu'elle compose. Mais, les solutions institutionnelles sont encore insuffisantes, et la prise de conscience des acteurs économiques ne s'est pas fait attendre : le mot d'ordre est la responsabilisation.

Là encore, il a été démontré que le droit du travail a la capacité d'étendre le champ d'application des responsabilités au sein de l'entreprise. La démarche de responsabilisation doit bénéficier tant aux salariés qu'aux employeurs, lesquels tireraient avantage à considérer leur personnel comme un investissement à long terme plutôt qu'un coût à court terme. Serait-elle la source ultime d'une « glocalisation » du droit du travail ? Sans aller si loin, elle semble à tout le moins être une obligation qui, à long terme, bénéficie à l'ensemble des parties concernées. L'entreprise voit son image redorée, le salarié son identité professionnelle reconnue, et même au-delà, son identité sociale. Elle semble d'ailleurs ouvrir la voie à la prise en compte de l'environnement dans les entreprises, ce qui élargit en soi la responsabilité sociétale, outre les réparations et préventions des risques déjà mises en place.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

C'est de la variabilité de l'effet impératif et de l'effet supplétif de la règle en droit du travail que sera affectée à son tour l'échelle hiérarchique : la pyramide pointe variablement son sommet ou sa base, l'État ou l'entreprise, en raison de la nature légale ou conventionnelle de l'impérativité comme de la supplétivité. Au final, c'est le système juridique lui-même qui tolère périodiquement le renversement du rapport de force entre les normes travaillistes, et c'est cette tolérance qui inverse la base et le sommet de la pyramide traditionnelle. Le droit du travail a ainsi la capacité à faire varier l'articulation des normes au sein même de l'ordre juridique dans lequel il se trouve.

L'application des règles peut varier, parfois à un rythme dense, mais l'échelle hiérarchique ne disparaît pas. Elle se renverse au gré des choix politiques et économiques : en respect de l'ordre public classique, la pyramide demeure régulière ; en respect d'un ordre public conjoncturel dit « ordre public salarial », la pyramide peut être irrégulière. La première hypothèse se fait de plus en plus rare, la seconde influe selon la force et la fonction attribuées aux règles. À rebours d'un tel système hiérarchique en perte de vitesse, prendrait place un système dit « glocal » plus apte à répondre à la variabilité du droit du travail.

En effet, force est de constater que la variabilité des règles affecte localement le travail du salarié sous prétexte d'une souplesse de gestion de l'entreprise, et globalement lui assure le respect de droits et libertés lors de l'exécution de ce travail dans l'entreprise. Ces deux préoccupations sont imbriquées. On localise le salarié dans l'entreprise en tant qu'individu tentant de subvenir à ses besoins personnels et familiaux, et on le globalise en tant que membre de la société mondiale. C'est ainsi que se cristallise progressivement selon nous un ordre juridique « glocal ». La force de travail se trouve dématérialisée, et le phénomène s'accroît par le mimétisme de l'outil de production. D'une liquidité du travail, on passe à une liquidité de l'entreprise, du capital, qu'il est indispensable d'encadrer de manière plus

effective. Les initiatives des divers acteurs du marché ne suffisent pas à combiner les règles locales aux règles globales.

À notre sens, il faut repenser les paramètres d'évolution du droit du travail. Pour ce faire, il convient de reconstruire des formes d'ajustements qui prennent en compte la dimension globale et locale des rapports de travail en fonction des stratégies des entreprises à partir de mécanismes originaux ou renouvelés. Une réflexion plus poussée doit tenir compte des connexions du local et du global. Elle doit traduire juridiquement, et de la manière la plus efficace qui soit, l'« ordre glocal » déjà présent.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette étude n'est en fin de compte que la représentation statique de la variabilité du droit du travail. Il ne peut en être autrement, car elle n'est que l'expression momentanée des multiples solutions susceptibles de s'appliquer à telle ou telle situation salariale. La démonstration permet de répertorier ça et là les différentes forces exercées dans l'objectif perpétuel de l'équilibre. Par cette représentation statique, on a spatialisé le droit français du travail. C'est un état des lieux des variables contemporaines à partir duquel il permis de conclure que le droit du travail est à la fois sujet à variations et acteur de variations.

En effet, cette discipline fait partie d'un tout qui le dépasse, et auquel il contribue en même temps. La variabilité de ses modes d'élaboration en témoigne. A cet égard, le rapport Chertier représente schématiquement les ensembles que l'État peut difficilement joindre en raison de ce qu'il appelle une « confrontation conflictuelle des temps »¹ : l'État doit conjuguer le temps de la société, de l'économie, de la politique gouvernementale, du Parlement, des partenaires sociaux eux-mêmes et des médias. L'État voit en quelque sorte son pouvoir normatif affaibli. Il perd ses moyens d'intervention dans et sur le droit du travail ; il perd les moyens de donner un sens global aux transformations en cours, qu'il ne maîtrise plus. Le législateur ne serait plus que « le relais des incitations générales édictées de manière non contraignante au niveau supranational »².

Cependant, il ne faut pas en conclure que l'État a disparu : ses fonctions se sont semble-t-il transformées. Il a peu à peu abandonné son rôle d'accompagnement dans la création de la règle de droit. En réalité, il a lui-même lancé le mouvement, qui ne lui a pas pour autant fait perdre le contrôle : « Tout en étant de moins en moins présent du fait de l'apparition d'autorités concurrentes, l'État en vient à se renforcer au cours de cette

¹ CHERTIER D.-J., *Pour une modernisation du dialogue social- Rapport au Premier ministre*, La documentation Française, 2006, p. 12.

² HÉAS FR., « Observations sur les processus normatifs en matière de relations professionnelles », *Dr. ouvrier* 2007, p. 306, spéc. p. 312.

dynamique complexe qui se met en place entre le global et le local. Et il le fait, pour l'essentiel, selon des modalités de production de la norme juridique traditionnelle »¹. L'État prend l'initiative de se décharger de son pouvoir normatif en déléguant son pouvoir législatif à d'autres acteurs.

D'une manière générale, l'analyse des modes d'élaboration du droit du travail amène à conclure que ce dernier varie et fait varier la nature de ses règles. Le choix de la norme à appliquer, comme le sens et la valeur qu'il convient de lui donner, varient. Et la portée théorique et pratique de chaque norme a nécessairement des incidences sur les relations professionnelles qu'elles soient individuelles ou collectives. En définitive, le droit du travail a une double faculté de réaction et d'anticipation : la variabilité est investie par le droit du travail, et le droit du travail est investi par la variabilité. Il n'est décidément pas à son terme contrairement aux « projets d'autodafé »² dont il a fait l'objet dans les années 1980 : finalement, même en droit du travail, rien ne se perd, rien ne se crée, tout varie !

La variabilité d'association des acteurs à l'élaboration de la norme sociale est telle qu'elle entraîne inévitablement d'importants conflits de règles dans leur application. La résolution de ces conflits obéit également à une variété de principes qui mettent en cause les certitudes de l'organisation hiérarchique traditionnelle. Le modèle pyramidal sur lequel s'est construit le droit français est affecté par des stratégies fondées sur la recherche d'avantages comparatifs des entreprises et des États eux-mêmes. Les législations nationales doivent se mettre en conformité avec des normes privées dans le cadre d'une compétition entre les systèmes juridiques révélée par les réflexions contemporaines sur l'attractivité du droit et par les réactions qu'elles suscitent.

La démonstration a conduit donc à mettre en exergue les contradictions majeures du droit du travail applicables en France. On associe le social à l'économique, l'incitation à la contrainte, le global au local, etc. Le droit du travail doit être réinscrit dans son contexte culturel plus large comme l'expression de la vision du monde. Il ne faut pas simplement surmonter les régulations dans la variabilité du droit interne du travail, mais précisément effectuer les régulations de la variabilité de ce droit dans une finalité sociétale. C'est la finalité même du droit que de réguler les rapports sociaux dans le temps, que de faire varier ses règles en fonction des mœurs de la société. Il « occupe une place centrale dans la construction de ces régulations adaptées aux nouvelles exigences de notre société »³. On ne

¹ ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « Droit et Société », T. 20, 2^{ème} éd., 2004, 317 p., spéc. p. 141.

² TEYSSIÉ B., « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559.

³ MAIRE E., « Du changement imposé aux adaptations négociées », *Dr. soc.* 1986, p. 834, spéc. p. 836.

peut plus se référer à un droit abstrait, extérieur, absolu et identique à lui-même, mais à la société, à l'état de ses forces, de leurs rapports et des objectifs qu'elle se propose »¹.

Dès lors, on souhaite orienter les variables vers un « ordre glocal » qu'il convient de mesurer avec plus de précision. Reposant sur des dimensions sociale, économique et culturelle, dont l'interpénétration affecte les modes de vie de chaque salarié par la déspatialisation ou la déterritorialisation de leurs activités², le droit du travail doit adopter une nouvelle configuration. Pour reprendre le titre du film de Coline Serreau sortie en salle le 7 avril 2010, on peut conclure que le droit du travail doit chercher des « solutions locales pour un désordre global »³. Il doit composer avec les variables du local et du global. C'est un jeu perpétuel entre deux composants interconnectés et interdépendants. Parce que même si un phénomène est global, il génère toujours des implications locales qui dépendent de son adaptation et de son interprétation locale. Inversement, plus aucun événement local ne peut rester ancré dans son contexte local, puisqu'il suscite inévitablement des répercussions qui s'enchaînent à une échelle plus large. Les réalités locales ne s'acharnent pas à se détacher de la sphère globale, mais s'attachent à être reconnues comme faisant partie de celle-ci. Il est intéressant de souligner que l'idée même de local n'est pas une constante, mais une variable ; Le local n'est effectivement pas figé, mais porteur de proximité, d'identification, voire de sécurité pour les sujets de droit. Le niveau local est et reste l'espace juridique essentiel pour encadrer la force de travail dans l'entreprise.

En somme, la société contemporaine « s'est emparée et s'empare du droit, provoque en lui des phénomènes nouveaux de brassage, d'interconnection, de transversalité... qui transforment sa morphologie »⁴. Le droit du travail n'y échappe pas. Il se compose sans figer son évolution. C'est davantage un droit mouvant qu'un simple droit en mouvement qui s'offre à nous, à partir duquel nous souhaiterions qu'il appelle un effort raisonné de stabilisation. À notre sens, le défaut du droit du travail est de ne pas maîtriser l'ampleur de la variété qui envahit les rapports de travail. Or, il est important qu'il n'y ait pas d'ambiguïtés tant sur la nature exacte de la relation nouée entre la personne qui effectue la prestation et l'entreprise qui en bénéficie que sur l'étendue de leurs obligations réciproques. Le droit du travail doit mieux préciser la nature du travail pour rétablir l'équilibre des termes du contrat social post-moderne, car les préoccupations salariale et sociale sont imbriquées. Une promotion sociale

¹ EWALD Ft., « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Dr. soc.* 1985, p. 723, spéc. 726 ; BOLTANSKI L. et CHIAPELLO É., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. « nrf essais », 1999.

² Cf. AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, p. 14.

³ www.solutionslocales-lefilm.com

⁴ AUBY J.-B., *op. cit.*, p. 9.

doit se dessiner au fil des dispositions protectrices qu'alimentent déjà les acteurs normatifs en France.

Non seulement il s'agit de promouvoir le salarié dans l'entreprise, mais également de promouvoir celui-ci au-delà, c'est-à-dire dans la société au sens large, pour qu'il puisse finalement s'intégrer ou s'insérer. Il s'agit de l'élever dans la société, non plus seulement de le protéger. La finalité du droit du travail va donc au-delà de sa finalité protectionniste originelle. Le salarié doit retrouver son identité professionnelle, son identité sociale. Dans la perspective d'une réflexion plus poussée de l'articulation « globale » du droit du travail, on préconise l'instauration d'un « nouvel ordre salarial »¹.

¹ RIGAUDIAT J., *Le nouvel ordre prolétaire – le modèle social français face à l'insécurité économique*, Éditions Autrement, coll. « AutrementFrontières », 2007.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- ALLAND D. et RIALS S. (dir.),
- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, 1649 p.
- ANTONMATTÉI P.-H. et RAYNARD J.,
- *Droit civil – contrats spéciaux*, Litec, coll. « Manuel, 6^{ème} éd., 2008, 478 p.
- AUBERT J.-L. et SAVAUX É.,
- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2010, 368 p.
- BÉNABENT A.,
- *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien-LGDJ-EJA, coll. « Domat Droit privé », 11^{ème} éd., 2007, 713 p.
- BERGEL J.-L.,
- *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 2001, 408 p.
- *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 4^{ème} éd., 2003, 374 p.
- BONNECHÈRE M.,
- *Le droit du travail*, La Découverte, coll. « Repères », 121 p.
- BOSSU B., DUMONT Fr. et VERKINDT P.-Y.,
- *Droit du travail, Introduction et Relations individuelles du travail*, Tome 1, Montchrestien-Lextenso éd., 2008, 529 p.
- BRUN A.,
- *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey, coll. « Bibliothèque de droit du travail et de la Sécurité sociale », 1967, 706 p.
- BRUN A. et GALLAND H.,
- *Droit du travail, Des rapports individuels de travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 1978, Tome 1, 983 p.
- CAMERLYNCK G.-H.,
- *Droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1982, 725 p.
- CAPITANT H.,
- *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, éd. A. Pédone, 2^{ème} éd., 1904, 397 p.
- CARBONNIER J.,
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. « Champs », 2006, 276 p.
- *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans vigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, 493 p.
- *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27^{ème} éd., 2002, 391 p.
- *Droit civil 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis », 22^{ème} éd., 2000, 665 p.
- CHALARON Y.,
- *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, coll. « Pratique sociale », 1990, 429 p.
- CHAPUS R.,
- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^{ème} éd., 2008, 1540 p.

- COEURET A., GAURIAU B. et MINÉ M.,
- *Droit du travail*, Sirey, coll. « Université », 2^{ème} éd., 2009, 783 p.
- CORNU G.,
- *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 2^{ème} éd., 2000, 443 p.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 12^{ème} éd., 2005, 733 p.
- *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, 986 p.
- COUTROT T.,
- *Critique de l'organisation du travail*, La Découverte, coll. « Repères », 1999, 121 p.
- COUTURIER G.,
- *Traité de droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, coll. « Droit fondamental », Tome 1, 3^{ème} éd., 1996, 568 p.
- *Traité de droit du travail, Les relations collectives de travail*, PUF, coll. « Droit fondamental », Tome 2, 2001, 568 p.
- DE BÉCHILLON D.,
- *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.
- DEMOGUE R.,
- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, éd. La Mémoire du Droit, coll. « Références », 2001, 681 p.
- DESPAX M.,
- *Traité de droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs*, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, 586 p.
- *Le droit du travail*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^{ème} éd., 1991, 127 p.
- DIETRICH A. et PIGEYRE F.,
- *La gestion des ressources humaines*, La Découverte, coll. « Repères », 2005, 122 p.
- DOCKÈS E.,
- *Valeurs de la démocratie, Huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. « Méthodes de droit », 2005, 183 p.
- DUGUIT L.,
- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, 623 p.
- *Traité de droit constitutionnel, 2. La Théorie générale de l'État, Éléments, Fonctions et organes de l'État*, éd. de Brocard, 3^{ème} éd., 1928, 888 p.
- DURAND P.,
- *Traité de droit du travail*, Tome 1 et 2, Dalloz, 1947-1950.
- DURAND P. et VITU A.,
- *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956.
- DURKHEIM É.,
- *Leçons de sociologie*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., 1995, 244 p.
- DWORKIN R.,
- *L'empire du droit*, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, 468 p.
- EWALD Fr.,
- *L'État providence*, Grasset, 1986, 608 p.
- FABRE-MAGNAN M.,
- *Les obligations*, PUF, coll. « Thémis Droit privé », 2004, 993 p.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É.,
- *Les obligations – L'acte juridique*, Sirey, coll. « Université », 13^{ème} éd., 2008, 475 p.

- FRISON-ROCHE M.-A.,
- *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Travaux dirigés », 2^{ème} éd., 1994, 223 p.
- GAUDEMET J.,
- *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 4^{ème} éd., 2006, 389 p.
- GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA Th. et ROLIN Fr. (dir.),
- *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, coll. « Grands avis », 3^{ème} éd., 2008, 582 p.
- GAUDU Fr. et VATINET R.,
- *Traité des contrats, Les contrats de travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, 625 p.
- GÉNY F.,
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995, Tome 1 (446 p.) et Tome 2 (422 p.).
- GHESTIN J.,
- *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, 976 p.
- GHESTIN J. et GOUBEAUX G.,
- *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, 891 p.
- GICQUEL J. et GICQUEL J.-E.,
- *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 23^{ème} éd., 2009, 792.
- GODELIER É.,
- *La culture de l'entreprise*, La Découverte, coll. « Repères », 2006, 121 p.
- GOLLAC M. et VOLKOFF S.,
- *Les conditions de travail*, La Découverte, coll. « Repères », 2^{ème} éd., 2007, 121 p.
- GOLDSTEIN R.,
- *Université et société, Pour en finir avec un long malaise*, Ed. L'Harmattan, 2003, 282 p.
- GRANOVETTER M.,
- *Le marché autrement, les réseaux de l'économie*, éd. Desclée de Brouwer, 2000, 238 p.
- GUINCHARD R. et MONTAGNIER G. (dir.),
- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, 662 p.
- JAVILLIER J.-Cl.,
- *Droit du travail*, LGDJ, coll. « Manuels », 7^{ème} éd., 1999, 843 p.
- JEANTIN M.,
- *Prospectives du droit économique, Dialogues*, Dalloz, 1999, 502 p.
- KELSEN H.,
- *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2^{ème} éd., 1999, 367 p.
- LE GOFF J.,
- *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2004, 621 p.
- LYON-CAEN G.,
- *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, 99 p.
- LYON-CAEN A. et JEAMMAUD A.,
- *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Actes Sud, 1986, 259 p.

- MALINVAUD Ph.,
- *Droit des obligations*, Litec, coll. « Manuel », 10^{ème} éd., 2007, 649 p.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph.,
- *Les obligations*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, 854 p.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y.,
- *Les contrats spéciaux*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, 713 p.
- MALAURIE Ph. et MORVAN P.,
- *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois-Lextenso éd., coll. « Droit civil », 4^{ème} éd., 2009, 366 p.
- MARTY G. et RAYNAUD P.,
- *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Tome I, 2^{ème} éd., 1980, 532 p.
- MARUANI M.,
- *Travail et emploi des femmes*, La Découverte, coll. « Repères », 2003, 121 p.
- MATHIEU B.,
- *Les sources du droit du travail*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, 127 p.
- MAZEAUD A.,
- *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 6^{ème} éd., 2008, 677 p.
- MIAILLE M.,
- *Une introduction critique au droit*, éd. Fr. Maspero, 1976, 388 p.
- MIALON M.-Fr.,
- *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, coll. « Systèmes droit privé », 1996, 156 p.
- MONTMOLLIN (de) M.,
- *L'ergonomie*, La Découverte, coll. « Repères », 1996, 123 p.
- MORLEY J., WARD T. et WATT A.,
- *Travail et emploi en Europe*, La Découverte, coll. « Repères », 2005, 122 p.
- PACTET P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN F.,
- *Droit constitutionnel*, Sirey, coll. « Université », 29^{ème} éd., 2010, 628 p.
- PÉLISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A. et DOCKÈS E. (dir.),
- *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 4^{ème} éd., 2008, 970 p.
- PÉLISSIER J., SUPIOT A. et JEAMMAUD A.,
- *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 24^{ème} éd., 2008, 1516 p.
- PIZZIO-DELAPORTE C.,
- *Droit du travail, Les relations collectives*, Vuibert, coll. « Dyna'supérieur Série Droit », 2001, 205 p.
- PLANIOL M., RIPERT G. et BOULANGER J.,
- *Traité élémentaire de droit civil. Principes généraux, Les personnes, Les biens*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1948, 1298 p.
- RAY J.-E.,
- *Droit du travail, Droit vivant*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 18^{ème} éd., 2009, 794 p.
- RIPERT G.,
- *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, 225 p.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, 421 p.
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1994, 431 p.
- ROBELIN J.,
- *La petite fabrique du droit*, éd. Kimé, 1994, 263 p.
- SUDRE Fr.,
- *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1999, 125 p.

- SUPIOT A.,
- *Critique du droit du travail, Essai*, PUF, coll. « Quadrige », 2002, 280 p.
- *Le droit du travail*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004, 127 p.

- TERRÉ Fr.,
- *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2009, 656 p.
TERRÉ Fr., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.,
- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 10^{ème} éd., 2009, 1542 p.
TEYSSIÉ B.,
- *Les sources du droit du travail*, PUF, coll. « Droit, Ethique et société », 1998, 237 p.
- *Droit du travail, Relations individuelles de travail*, Tome I, Litec, 2^{ème} éd., 1992, 496 p.
- *Droit du travail, Relations collectives de travail*, Tome I, Litec, 5^{ème} éd., 2007, 718 p.

- VOIRIN P. et GOUBEAUX G.,
- *Droit civil*, Tome 1, LGDJ, 31^{ème} éd., 2007.

- WEIL S.,
- *La condition ouvrière*, éd. Gallimard, coll. « Idées », 1951, 372 p.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

- ADAM G., REYNAUD J.-D. et VERDIER J.-M.,
- *La négociation collective en France*, Les Éditions ouvrières, 1972, 126 p.
AGLIETTA M. et REBÉRIOUX A.,
- *Dérives du capitalisme financier*, Albin Michel, coll. « Economie », 2004, 394 p.
ALBERT M.,
- *Capitalisme contre capitalisme*, Points Seuil, coll. « Actuels », 1993, 315 p.
ALIPRANTIS N.,
- *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », 1980, 363 p.
ANTONMATTEI P.-H.,
- *Les conventions et accords collectifs de travail*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996, 105 p.
- *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2005, 113 p.
ANTONMATTÉI P.-H. et VIVIEN P.,
- *Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, La documentation Française, 2007, 44 p.
ARISTOTE,
- *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, coll. « GF », rééd. 2008, 126 p.
ARNAUD A.-J.,
- *Le droit trahi par la sociologie, une pratique de l'histoire*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Recherches et travaux 4, 1998, 260 p.
- *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 20, 2^{ème} éd., 2004, 317 p.
ARNOULT-BRILLE E. (CES),
- *La sécurisation des parcours professionnels*, La documentation Française, 2007, 198 p.

- AUBY J.-B.,
- *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 2003, 154 p.
- AUER P. et GAZIER B.,
- *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, 2006, 193 p.
- BARTOLI H.,
- *Économie et création collective*, Economica, 1977, 566 p.
- *L'économie multidimensionnelle*, Economica, 1991, 527 p.
- *L'économie, service de la vie*, PUG, 1996, 496 p.
- BECK U.,
- *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. « Champs », 2003, 521 p.
- BÉLIER G. et LEGRAND H.-J.,
- *La négociation collective après la loi du 20 août 2008. Nouveaux acteurs. Nouveaux accords*, Éditions Liaisons, coll. « Droit vivant », 2009, 334 p.
- BESSY C.,
- *La contractualisation de la relation de travail*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007, 317 p.
- BLANCHARD O. et TIROLE J.,
- *Protection de l'emploi et procédures de licenciements*, La documentation Française, 2003, 86 p.
- BOISSONNAT J.,
- *Le travail dans vingt ans*, La documentation Française, 1995, 74 p.
- BONNIN V.,
- *Les rapports du contrat de travail et de la convention collective*, Thèse dactylo., Bordeaux I, 1993, 484 p.
- BOLTANSKI L. et CHIAPELLO È.,
- *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, coll. « nrf essais », 1999, 1095 p.
- BOURETZ P. (dir.),
- *La force du droit, panorama des débats contemporains*, éd. Esprit, coll. « Philosophie », 1991, 274 p.
- BOURGEOT S. et BLATMAN M.,
- *L'état de santé du salarié, De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2005, 328 p.
- CAHUC P. et KRAMARZ F.,
- *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La documentation Française, 2004, 202 p.
- CAMDESSUS M.,
- *Le sursaut, vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation Française, 2004, 74 p.
- CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A. et KLEIN M. (dir.),
- *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2005, 156 p.
- CANUT FL.,
- *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc », Tome 14, 2007, 513 p.
- CASTEL R.,
- *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, Fayard, 1995, 490 p.
- CHALARON Y.,
- *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, coll. « Pratique sociale », 1990, 429 p.

- CHAUCHARD J.-P.,
- *La conception française de la négociation et de la convention collectives de travail*, Thèse dactylo., Paris I, 1983, 609 p.
- CHERTIER D.-J.,
- *Pour une modernisation du dialogue social - Rapport au Premier ministre*, La documentation Française, 2006, 108 p.
- CICÉRON,
- *De Republica, De legibus*, Harvard University Press, 1994, 533 p.
- CLAM J. et MARTIN G. (dir.),
- *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 5, 1998, 454 p.
- COHEN D.,
- *La mondialisation et ses ennemis*, Grasset, 2004, 263 p.
- CONCIALDI P.,
- *Non à la précarité*, éd. Mango littérature, coll. « En clair », 2007, 270 p.
- CONVERT L.,
- *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, Etude de droit comparé : Angleterre – Espagne – France*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 374, 2003, 689 p.
- CORNESSE I.,
- *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, coll. « Bibliothèque de Droit privé », 2001, 566 p.
- CORNU G.,
- *Pour une remise en forme de la codification du droit du travail*, La documentation Française, 1981, 44 p.
- CULPEPPER P. D., HALL P. A. et PALIER B. (dir.),
- *La France en mutation 1980-2005*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006, 476 p.
- DARWIN Ch.,
- *L'origine des espèces au moyen de la sélection naturelle ou la préservation des races favorisées dans la lutte pour la vie*, 1859, rééd. Flammarion, coll. « GF », 2008, 619 p.
- DAUXERRE N.,
- *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, coll. « Institut de Droit des Affaires », 2005, 581 p.
- DAVID M.,
- *Les fondements du social : de la IIIe République à l'heure actuelle*, Anthropos, 1993, 298 p.
- DEBBASCH Ch.,
- *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, éd. CNRS, coll. « Extraits de l'Annuaire européen d'administration publique », 1986, 296 p.
- DELMAS-MARTY M.,
- *Pour un droit commun*, Seuil, coll. « Essais », 1994, 324 p.
- *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. « Essais », 1998, 200 p.
- DEL SOL M.,
- *L'entreprise face aux risques professionnels, Des aspects juridiques aux implications financières*, Liaisons, 2003, 171 p.
- DIDRY C.,
- *Naissance de la convention collective : débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20^{ème} siècle*, Editions de l'EHESS (Recherches de l'histoire et de sciences sociales), 2002, 267 p.

- DIETRICH A. et PIGEYRE Fr.,
- *La gestion des ressources humaines*, La Découverte, coll. « Repères », 2005, 122 p.
- DONZELOT J.,
- *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, coll. « L'espace du politique », 1984, 263 p.
- DRAGO G.,
- *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. « Droit public positif », 1991, 403 p.
- DURKHEIM É.,
- *De la division du travail social*, PUF, coll. « Quadrige – Grands textes », 7^{ème} éd., 2007, 416 p.
- FAIVRE E.,
- *La variabilité des espèces et ses limites*, Germer Baillière éd., 1868, 182 p.
- FILHOL É.,
- *La centrale*, P.O.L. Éd., 2010, 140 p.
- FILOCHE G.,
- *La vie, la santé, l'amour sont précaires. Pourquoi le travail ne le serait-il pas ? Faut-il brûler le Code du travail ?*, J.-C. Gawsewitch Editeur, coll. « Coup de Gueule », 2007, 288 p.
- FORRESTER V.,
- *L'horreur économique*, éd. Fayard, 1996, 186 p.
- FREYSSINET J.,
- *Négociier l'emploi : cinquante ans de négociations interprofessionnelles sur l'emploi et la formation*, éd. Liaisons, 2010, 311 p.
- GAZIER B.,
- *Tous « sublimes », Vers un nouveau plein emploi*, Flammarion, 2003, 374 p.
- GÉNIAUT B.,
- *La proportionnalité dans les relations de travail, De l'exigence au principe*, Thèse dactylo., Lyon II, 2007, 678 p.
- GÉRARD Ph., OST Fr. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.),
- *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, Tome 72, 1996, 703 p.
- GORZ A.,
- *Métamorphoses du travail, quête du sens, critique de la raison économique*, éd. Galilée, coll. « débats », 1988, 302 p.
- GRAZ J.-Chr.,
- *La gouvernance de la mondialisation*, La Découverte, coll. « Repères », 122 p.
- GROTIUS H.,
- *Le droit de la guerre et de la paix*, 1729, traduit par J. BARBEYRAC, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1984, 42 p.
- JAPIOT R.,
- *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une nouvelle théorie*, LGDJ, 1909, 964 p.
- JAVILLIER J.-Cl. (dir.),
- *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, éd. Institut International d'études sociales, 2007, 134 p.
- JEAMMAUD A.,
- *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse dactylo., Lyon III, 1975, 789 p.

JEANSEN É.,

- *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2008, 454 p.

JESTAZ Ph.,

- *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005, 228 p.

- *Autour du droit civil, Écrits dispersés – Idées convergentes*, Dalloz, coll. « Études juridiques », 2005, 442 p.

KARSENTI B.,

- *Marcel Mauss : le fait social total*, PUF, coll. « philosophies », 1994, 128 p.

KEEGAN W. J. et GREEN M. C.,

- *Global Marketing*, Upper Saddle River : Prentice Hall, Fifth Edition, 2008, 672 p.

LABBÉ D. et LANDIER H.,

- *L'entreprise face au radicalisme syndical – Les nouvelles formes d'action militante*, Ed. Liaisons 2001, 166 p.

LAMARCK J.-B.,

- *Philosophie zoologique*, 1809, rééd. A. Pichot, coll. « GF », 1994.

LANXADE T. (avec collaboration de S. GIRARDEAU),

- *Génération 35 heures*, Éditéea, 2006, 187 p.

LAVILLE J.-L. (dir.),

- *L'économie solidaire, Une perspective internationale*, Hachette littératures, 2007, 383 p.

LAVOISIER A. L.,

- *Traité élémentaire de chimie*, Cuchet éd., 1789, 653 p.

LE GOFF J.,

- *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2004, 621 p.

LÉTOUBLON Fr.,

- *Il allait, pareil à la nuit. Les verbes de mouvement grec : supplétisme et aspect verbal*, éd. Klincksieck, 1985, 308 p.

LEURQUIN DE VISSCHER Fr.,

- *La dérogation en droit public*, Bruylant, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », 1991, 310 p.

LOUIT-MARTINOD N.,

- *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée limitée, vers un régime juridique harmonisé*, PUAM, 2003, 540 p.

LUCAS-PUGET A.-S.,

- *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit privé », Tome 441, 2005, 476 p.

LUCHAIRE Fr., CONAC G. et PRÉTOT X. (dir.),

- *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, Economica, 3^{ème} éd., 2009.

LYON-CAEN A. et URBAN Q. (dir.),

- *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, 171 p.

LYON-CAEN G.,

- *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995, 99 p.

MADIOT Y.,

- *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1971, 390 p.

- MALAUURIE Ph.,
- *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*, éd. Matot-Braine, 1953, 278 p.
- MARTEL J.-F.,
- *Les instruments du pilotage salarial*, Liaisons, 2003, 136 p.
- MARTINON A.,
- *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 656 p.
- MÉDA D. et MINAULT B.,
- *La sécurisation des trajectoires professionnels*, document d'études DARES n° 107, 2005, 43 p.
- MIAILLE M.,
- *La régulation entre droit et politique*, éd. L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1995, 271 p.
- MICHALET C.-A.,
- *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2002, 211 p.
- MOCKLE D. (dir.),
- *Mondialisation et État de droit*, Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2002, 411 p.
- MOLFESSIS N.,
- *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, La documentation Française, 2005, 65 p.
- *Les mots de la loi*, Economica, coll. « Études juridiques », Tome 5, 1999, 110 p.
- MONTESQUIEU,
- *De l'esprit des lois*, 1758, rééd. Ellipses, coll. « Philosophique – œuvres », 2003, 92 p.
- MORAND C.-A. (dir.),
- *Evaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, 242 p.
- MOREAU M.-A.,
- *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontations et mutations*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006, 461 p.
- MORIN A.,
- *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, coll. « Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand », 1998, 379 p.
- MORIN M.-L.,
- *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque droit social », Tome 27, 1994, 681 p.
- MORIN P.,
- *La grande mutation du travail et de l'emploi, Emploi juste à temps et travail éclaté dans la société post-industrielle*, Les éditions d'organisation, 1997, 187 p.
- NASSE Ph. et LÉGERON P.,
- *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, La documentation Française, 2008, 42 p.
- OLIVA É.,
- *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et constitution*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1997, 603 p.
- OPPETIT B.,
- *Essai sur la codification*, PUF, coll. « Droit, Étique et Société », 1998, 91 p.
- OST Fr.,
- *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, 376 p.

- OST FR. et VAN DE KERCHOVE M.,
- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, éd. F.U.S.L., Bruxelles, 2002.
- OSTY F.,
- *Le désir de métier. Engagement, identité et reconnaissance au travail*, PUR (Des sociétés), 2003, 244 p.
- PERES-DOURDOU C.,
- *La règle supplétive*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 421, 2004, 680 p.
- PERRET B.,
- *Les nouvelles frontières de l'argent*, éd. Seuil, coll. « Essais », 1999, 296 p.
- PERRET B. et ROUSTANG G.,
- *L'économie contre la société, Affronter la crise de l'intégration sociale et culturelle*, éd. Seuil, coll. « Essais », 1993, 315 p.
- PIAZZON Th.,
- *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », Tome 35, 2009, 630 p.
- PICHAULT F. et NIZET J.,
- *Les pratiques de gestion des ressources humaines*, Seuil, coll. « Points Essai », 2000, 346 p.
- PIGACHE Ch. (dir.),
- *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Universités d'été 2001 et 2002 du Barreau de Rouen, 2004, 214 p.
- POLANYI K.,
- *La grande transformation, aux origines économiques et politiques de notre temps*, éd. Gallimard, coll. « Bibliothèques des sciences humaines », 1983, 419 p.
- PONTIER J.-M. (dir.),
- *La simplification du droit*, PUAM, 2006, 378 p.
- PORTALIS,
- *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* présenté le 1^{er} pluviôse An IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire, in *Le discours et le code PORTALIS, deux siècles après le Code Napoléon*, Jurisclasseur, Litec, rééd. 2004, 398 p.
- PUIGELIER C.,
- *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, 1996, 404 p.
- RAY J.-E.,
- *Mutations de l'entreprise et modifications du contrat de travail, la gestion juridique du changement*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2000, 189 p.
- REVEY Th.,
- *La force de travail (étude juridique)*, Litec, F.N.D.E., coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Tome 28, 1992, 727 p.
- RIGAUDIAT J.,
- *Le nouvel ordre prolétaire – le modèle social français face à l'insécurité économique*, Éditions Autrement, coll. « AutrementFrontières », 2007, 196 p.
- ROBINE L.,
- *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse dactylo., Bordeaux, 1933, 210 p.
- ROBINEAU Y.,
- *Loi et négociation collective*, La documentation Française, 1997, 550 p.
- ROGUE Ch.,
- *Le travail, Analyse de la notion, Étude de textes*, Armand Colin, 2005, 163 p.

- RORIVE I.,
- *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 525.
- SAINT EXUPÉRY (de) A.,
- *Pilote de guerre*, éd. Gallimard, coll. « Blanche », 1942, 246 p.
- SALEILLES R.,
- *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, éd. Arthur Rousseau, 1897, 90 p.
- SILEM A. et ALBERTINI J.-M.,
- *Lexique d'économie*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2010, 855 p.
- SIRAT Ch.,
- *La notion de loi*, Thèse dactylo., Paris, 1955, 503 p.
- SOURIAC-ROTSCHILD M.-A.,
- *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse dactylo., Paris I, 1986, 763 p.
- SUEL M.,
- *Essai sur la codification à droit constant, précédents-débuts-réalisation*, Direction des Journaux Officiels, 2^{ème} éd., 1995, 296 p.
- SUPIOT A.,
- *Au-delà de l'emploi, Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999, 321 p.
- *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, 333 p.
- TAROT C.,
- *Sociologie et anthropologie de Marcel Mauss*, éd. La Découverte, coll. « Repères », 2003, 122 p.
- TEYSSIÉ B.,
- *Les groupes de sociétés et le droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, coll. « Droit privé », 1999, 164 p.
- TOUATI J.-J.,
- *L. 122-12 à la loupe, restructurations et contrats de travail*, Ed. Liaisons, 2003, 164 p.
- VACHET G.,
- *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Thèse dactylo., 1977, 164 p.
- VINCENT-LEGOUX M.-C.,
- *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, 558 p.
- VOILQUIN J.,
- *Les penseurs grecs avant Socrate, De Thalès de Milet à Prodicos*, Flammarion, 1964, 150 p.
- WAQUET Ph.,
- *L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éd. Liaisons, coll. « Droit vivant », 2003, 206 p.
- ZÉNATI Fr.,
- *La jurisprudence*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1991, 281 p.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

AHUMADA C., MILET L. et PREMILAT M.,

- « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail », *RPDS* mars 2008, n° 755, p. 79.

ALIPRANTIS N.,

- « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RID comp.* 1987, p. 7.

ALMA-DELETTRE S.,

- « Emploi et contrat : l'irrésistible ascension des techniques contractuelles au service de l'emploi », *LPA* 4 décembre 1999, n° 158, p. 10.

ANCEL P.,

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

ANDRÉ C.,

- « L'obligation salariale de sécurité est-elle une obligation de sécurité ? », *JCP S* 2008, 1094.

ANTONMATTÉI P.-H.,

- « Comité d'entreprise et négociation collective », *RJS* 1998, p. 611.

- « Les éléments du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 330.

- « Normes sociales européennes conventionnelles : les accords collectifs de niveaux communautaires », in *Les normes sociales européennes*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 23.

- « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », *LS Magazine*, novembre 2000, n° 16..

- « Négociation collective, brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p. 88.

- « Plaidoyer pour une promotion de la technique contractuelle en droit du travail », *Cah. dr. ent.* 2005, n° 3, p. 37.

- « 2007, l'odyssée du contrat de travail ? », *Dr. soc.* 2006, p. 136.

- « Négociation collective et CPE : le jour d'après », *Dr. soc.* 2006, p. 650.

APPADURAI A.,

- « The production of Locality », in *Religion in the Process of Globalization*, éd. P. Beyer, 2001, p. 99.

ARDANT Ph.,

- « Introduction au débat, Table ronde n°1 : Les libertés du citoyen dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 428.

ARSEGUEL A.,

- « Réflexion sur la théorie de la représentativité syndicale », in *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 401.

- « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, sous la direction de B. LARDY-PÉLISSIER et J. PÉLISSIER, Dalloz, 2002, p. 7.

ARSEGUEL A. et REYNES Br.,

- « Le refus d'occuper un emploi », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 1.

ASSCHER-VONK J.-P.,

- « Possibilité d'écarter certaines dispositions de droit à caractère impératif dans les conventions collectives », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 13.

- ATIAS Ch.,
- « Une autre culture constitutionnelle : le respect de la loi », *D.* 2006, p. 1321.
- ATIAS Ch. et LINOTTE D.,
- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. XXXIV.
- AUBERT-MONPEYSSSEN Th.,
- « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges dédiés au Président M. DESPAX*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 261.
- AUBRY M. et RÉMY P.-L.,
- « Le droit du travail à l'épreuve des nouvelles technologies », *Dr. soc.* 1992, p. 522.
- BABIN M.,
- « Les perspectives de la médecine du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 653.
- BAILLY P.,
- « La rupture négociée du contrat pour motif économique », *SSL* 24 avril 2006, p. 7.
- BARTHÉLÉMY J.,
- « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », *Cah. dr. ent.* 1986, p. 2.
- « Nature juridique de l'accord interprofessionnel de mensualisation », *Dr. soc.* 1992, p. 450.
- « La notion de temps de travail, son évolution et sa déclinaison », *JCP S* 2005, 1276.
- « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Dr. soc.* 2006, p. 24.
- « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP S* 2007, Act. 139.
- « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *SSL* 14 janvier 2008, n° 1336, p. 7.
- BATAILLE-NEVEJANS N.,
- « La période d'essai instituée au cours des relations contractuelles », *Dr. soc.* 2004, p. 335.
- BAUMGARTEN Ch.,
- « Accords de méthode : un marché de dupes », *Dr. ouvrier* 2003, p. 358.
- BÉAL É.,
- « La Chambre sociale échoit à une professionnel du droit bancaire », *LS Magazine*, janvier 2007, p. 10.
- BÉAL S.,
- « Le tabac dans l'entreprise », *JCP S* 2006, chron. 11041.
- BÉAL S. et FERREIRA A.,
- « La comparaison entre deux conventions ou accords collectifs applicables à l'entreprise », *JCP S* 2005, 1436.
- BÉAL S. et ROUSPIDE M.-N.,
- « Nouvelle définition du travail de nuit et accords collectifs conclus au regard de l'ancienne définition », *JCP E* 2005, 233.
- « Prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié », *JCP E* 2005, 841.
- BEFFA J.-L., BOYER R. et TOUFFUT J.-Ph.,
- « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Dr. soc.* 1999, p. 1039.
- BÉRAUD J.-M.,
- « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 55.
- BERNAUD V.,
- « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 147.

- « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil constitutionnel tranche... », *Dr. soc.* 2008, p. 424.
- BERNOUX Ph.,
- « L'entreprise est-elle toujours une institution ? », *Sociologie du travail* 1999, n° 41, p. 179.
- BÉROUD S. et MOURIAUX R.,
- « L'état de la négociation collective en France », *Regards sur l'actualité* 1999, n° 247, p. 29.
- BÉROUJON Ch.,
- « Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTD civ.* 1993, p. 94.
- BERRA D.,
- « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 123.
- BERTHON G. et CHENU D.,
- « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur : une tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p. 1142.
- BESSE G.,
- « Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail : quel progrès possible aujourd'hui ? », *Dr. soc.* 1994, p. 841.
- BLOHORN-BRENNEUR B.,
- « Bicentenaire de la création des conseils de prud'hommes : bilan et perspectives », *D.* 2006, p. 1324.
- BOCCARA D.,
- « Vous avez dit "revirement" de jurisprudence... », *LPA* 1^{er} mars 2005, n° 42, p. 10.
- BOCOILLON F.,
- « Que reste-t-il du "principe de faveur" ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.
- « Loi susceptible de dérogation et loi supplétive : les enjeux de la distinction en droit du travail », *D.* 2005, chron. p. 803.
- BONNARD-PLANCKE L.,
- « Convention collective et collectivité de travail », *Dr. soc.* 2005, p. 866.
- BONNEAU Th.,
- « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. p. 24.
- BONNECHÈRE M.,
- « L'ordre public "au sens du droit du travail" », *JCP* 1974, I, 11604.
- « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvrier* 1988, p. 171.
- « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 40.
- « Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1994, p. 173.
- « De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *Dr. ouvrier* 2000, p. 84.
- « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail. Quelques repères », *Dr. ouvrier* 2001, p. 411.
- « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », *Dr. ouvrier* 2003, p. 453.
- « Droits sociaux : vers un droit commun pour l'Europe (1) », *SSL* 25 octobre 2004, n° 1187, p. 5.
- « Droits sociaux : vers un droit commun pour l'Europe (2) », *SSL* 2 novembre 2004, n° 1188, p. 5.

- « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là... », *Dr. ouvrier* 2008, p. 11.
- BORENFREUND G.,
- « Le droit du travail en mal de transparence », *Dr. soc.* 1996, p. 461.
- « Regards sur la Position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* 2008, p. 360.
- BORENFREUND G. et SOURIAU-ROTSCHILD M.-A.,
- « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72.
- BOSSU B.,
- « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux du salarié », *Dr. soc.* 1998, p. 113.
- « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvrier* 1999, p. 94.
- BOUBLI B.,
- « A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ? », *Dr. soc.* 1985, p. 239.
- « Le juge, la norme et le droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, PUF coll. « Droit, éthique, société », 1998, p. 29.
- « Le changement du lieu du travail », *SSL* 6 septembre 2004, n° 1180, p. 8.
- « Adieu l'UES », *Dr. soc.* 2009, p. 699.
- BOUDIN B.,
- « La liberté du salarié et l'employeur », *CSBP* juillet-août 2002, n° spécial, p. 5.
- BOUILLOUX A.,
- « L'adaptabilité du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1997, p. 487.
- « Limite à l'obligation de formation de l'employeur », *D.* 2001, somm. 2170.
- BOULLEZ Ch.,
- « Rapport français », in *L'ordre public : Journées libanaises 1998*, Travaux de l'association H. CAPITANT, LGDJ, Tome 49, 2001, p. 727.
- BOULMIER D.,
- « Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance », *JCP S* 2008, 1625.
- BOURGEOIS S. et BLATMAN M.,
- « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », *Dr. soc.* 2006, p. 653.
- BOURGEOT S. et FROUIN J.-Y.,
- « Maladie et inaptitude du salarié », *RJS* 2000, p. 3.
- BOUSIGES A.,
- « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », *Dr. soc.* 1991, p. 279.
- BOUTIN A. et GASTON-BRETON C.,
- « Segmentation et stratégies de communication dans les marchés émergents : une approche croisée des concepts de pyramide économique et d'acculturation », *Décisions Marketing*, juillet-décembre 2006, n° 43-44, p. 79.
- BOUVIER O.-L.,
- « Le travail dissimulé : questions de droit et de société », *RJS* 10/06, p. 746.
- BRUN A.,
- « Le lien d'entreprise », *JCP* 1992, I, 1719.
- BRUNHES B.,
- « La flexibilité du travail. Réflexions sur les modèles européens », *Dr. soc.* 1989, p. 251.

- « L'avenir du droit du travail, emplois d'aujourd'hui et de demain », in *L'Economie, le Travail, l'Entreprise*, sous la direction d'Y. MICHAUD, Odile Jacob, coll. « Université de tous les savoirs », 2001, p. 269.

BUNEL J. et DUPUPET M.,

- « La flexibilité dans le débat social », in *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité*, éd. législatives et administratives, 1986, p. 9.

CAILLOSSE J.,

- « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 133.

CAMERLYNCK G. H.,

- « L'autonomie du droit du travail, la prescription abrégée de la créance de salaire », *D.* 1956, p. 6.

- « La révision du contrat de travail », *JCP* 1965, I, 1964.

CANIVET G.,

- « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2005, p. 951.

- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Arch. phil. droit* 2006, Tome 59 : La création du droit par le juge, p. 7.

CANUT FI.,

- « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP S* 2005, 1411.

CARBONNIER J.,

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, éd. Bruylant, 1984, p. 99.

CARLES M., COHEN M. et MILET L.,

- « Le rapport Virville : une volonté d'affaiblir le code du travail », *RPDS* 2004, n° 707, p. 79.

CASAUX-LABRUNÉE L.,

- « Évaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail ? », *RDT* 2009, p. 421.

CASTEL R.,

- « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », *Dr. soc.* 1999, p. 438.

CATALA A.,

- « Rapport de synthèse », in *L'ordre public : Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome 49, LGDJ, 2001, p. 1.

CEDRAS J.,

- « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport de la Cour de cassation*, La documentation Française, 2003, p. 215.

CESARO J.-Fr.,

- « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007, 1117.

CESARO J.-Fr. et GAUTIER P.-Y.,

- « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, p. 2116.

CHAGNOLLAUD D.,

- « La constitutionnalité de l'article 8 du projet de loi pour l'égalité des chances », *D.* 2006, p. 804.

CHALARON Y.,

- « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 355.

- « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.
- « Négociations, conventions et accords collectifs, rapports avec les autres sources du droit », *Juris-Classeur Travail*, Fascicule 1-36, mai 2000.
- « Négociations et accords collectifs de branche et d'entreprise. Problèmes d'articulation », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 883.
- CHARBONNEAU C.,
- « Le contrat, figure jurisprudentielle de la Chambre sociale », *CSBP* 2000, n° 118, D 006, p. 449.
- « Modification du contrat de travail, Panorama 2003 des décisions de la Cour de cassation », *CSBP* 2004, n° 156, D 1, p. 1.
- CHASSARD Y. et BOSCO A.,
- « L'émergence du concept d'employabilité », *Dr. soc.* 1998, p. 903.
- CHAUMETTE P.,
- « Le CHSCT et le droit de retrait du salarié », *Dr. soc.* 1983, p. 425.
- « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.* 2008, p. 210.
- CHAZAL J.-P.,
- « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003, n° 1, p. 27.
- « Politique jurisprudentielle : absence, incohérence ou non-dit ? », *RDC* 2003, n° 1, p. 34.
- CHENOT B.,
- « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique* 1953, p. 57.
- CHÉROT J.-Y.,
- « Les droits fondamentaux au travail et la globalisation. Un nouveau modèle dans le droit global », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 1505.
- CHEVALLIER J.,
- « Les lois expérimentales : le cas français », in *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p. 121.
- « Vers un droit postmoderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, LGDJ, coll. « Droit et Société », Tome 5, 1998, p. 21.
- « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. FAURÉ et G. KOUBI, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 125.
- CHEVILLARD A.,
- « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.
- « Les conflits de normes », *SSL* 7 juillet 2008, n° 1361, n° spécial « Regard critique sur le droit de la négociation collective », p. 25.
- CHIREZ A.,
- « Notation et évaluation des salariés », *Dr. ouvrier* 2003, p. 309.
- CHOISEZ S.,
- « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 666.
- CHOLET D.,
- « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006, p. 467.
- CHONNIER J.-M.,
- « "L'étrange cas" de la modification du contrat de travail », *D.* 2005, p. 2912.
- COHEN M.,
- « Hommage à G. LYON-CAEN, un pionnier du droit du travail », *RPDS* 2004, n° 709, p. 147.

COLLART-DUTILLEUL Fr.,

- « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. « actes », 2003, p. 225.

COULANGE J.-P., DELATTRE S. et GEOFFROY A.-C.,

- « Le défi de la gestion des compétences », *LS Magazine*, mai 2005, p. 61.

COURTINE B.,

- « Faut-il plus de flexibilité dans le droit du travail ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, sous la direction de Fr. ROUVILLOIS, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 49.

COUTURIER G.,

- « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues (1) », *D.* 1975, chron. XXIV.

- « Les techniques civilistes et le droit du travail, chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues (2) », *D.* 1975, chron. XXXVI.

- « La codification du droit du travail », in *Rapport et débats du IXe siècle Congrès de la SIDTSS*, R. W. Éd., Heidelberg, 1978, p. 844.

- « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 95.

- « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 407.

- « (Pour) la doctrine », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 221.

- « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. SAVATIER*, Dalloz, 1992, p. 143.

- « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, p. 497.

- « La conclusion du contrat de travail : liberté contractuelle et encadrement normatif », in *La négociation du contrat de travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 7.

- « Droit français », *RDT* 2007, Dossier « Droits des contrats et droit du travail », p. 339.

DAIGRE J.-J.,

- « Les représentants salariés élus au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes », *Dr. soc.* 1987, p. 450.

DAMY G.,

- « La nécessité d'une approche renouvelée du droit social européen », *TPS* mars 2004, chron. p 5.

DAUGAREILH I.,

- « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. soc.* 1996, p. 128.

DE CLAUSADE J.,

- « "Sécurité juridique et complexité du droit" : considérations générales du Conseil d'État », *D.* 2006, p. 737.

DEFFAINS B.,

- « Réglementation et inefficacité : quelle corrélation ? », in *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, sous la direction de Fr. ROUVILLOIS, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 61.

DELVOLVÉ P.,

- « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909.

DE MUNCK J.,

- « Les trois crises du droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 443.

DEPREZ J.,

- « La lésion dans les contrats aléatoires », *RDT civ.* 1955, p. 1.

- DE QUÉNAUDON R.,
 - « La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ? », *D.* 2005. chron. p. 1736.
 - « Jurisprudence *Nikon* : la suite mais non la fin », *D.* 2005, p. 1873.
- DESBARATS I.,
 - « De la normalisation en matière sociale », *LPA* 15 juillet 2003, n° 140, p. 4.
- DESPAX M.,
 - « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963, I, 1776.
 - « De l'accord à la loi », *Dr. soc.* 1987, p. 184.
 - « La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel », *Dr. soc.* 1988, p. 14.
- DEUMIER P.,
 - « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de C. PIGNARRE, Dalloz, 2005, p. 101.
- DEUMIER P. et ENCINAS DE MUNAGORRI R.,
 - « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTD civ.* 2005, p. 83.
- DÉVERNOIS B. et DELMAS P.,
 - « Exemple de modification d'un accord 35 heures pour mettre en place une flexibilité choisie », *JCP E* 2005, 29.
- DEVYS Ch.,
 - « Décompte des effectifs », *JCP S* 2005, 1321.
- DIDIER P.,
 - « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à Fr. TERRÉ*, Dalloz-PUF-Litec, 1999, p. 635.
- DIDRY Cl.,
 - « Emmanuel LÉVY et le contrat, la sociologie dans le droit des obligations », *Droit et société* 56-57/2004, p. 151.
- DOCKÈS E.,
 - « La détermination de l'objet des obligations du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997, p. 140.
 - « Le droit du travail, Justifications et moyens d'un droit du travail mondial », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de C. KESSADJIAN et E. LOQUIN, Litec, 2000, p. 463.
 - « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 203.
 - « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, p. 835.
 - « La décodification du droit du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 388.
- DOUMAYROU F.,
 - « Le licenciement express de cartons de Borloo », *L'Humanité*, 4 janvier 2005.
- DREYER E.,
 - « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748.
- DUBARRY J.-C. et LOQUIN E.,
 - « La valeur normative de la *Lex mercatoria* », *RTD com* 1992, p. 171.
- DUFRESNE-CASTETS M.-L. et MOUSSY P.,
 - « À propos du retour en force de la loyauté contractuelle (un *flash back* qui permet de remettre en cause l'autonomie du travailleur) », *Dr. ouvrier* 2006, p. 573.
- DUGHERA J., LENOIR Ch., RICOCHON M. et TRIOMPHE C.,
 - « L'inspection du travail en quête d'une nouvelle légitimité », *Dr. soc.* 1993, p. 138.

DULAC T. et DELOBBE N.,

- « Relations entre les modes de gestion du capital humain, la relation d'emploi et les attitudes et comportements au travail », in *La société flexible* sous la direction de M. de NANTEUIL-MIRIBEL et A. EL AKREMI, éd. Érés, coll. « Sociétés en changement », 2005, p. 179.

DUNCOMBE P.,

- « Le télétravail du mythe à la réalité », *Regards sur l'actualité* 1997, n° 231, p. 31.

DUPEYROUX J.-J.,

- « La déstabilisation du droit du travail » (avant propos), *Dr. soc.* 1986, p. 823.

- « Droit civil et droit du travail : l'impasse » (avant-propos du colloque), *Dr. soc.* 1988, p. 371.

- « Travail et activité sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 24.

- « L'âge en droit social », *Dr. soc.* 2003, p. 1041.

- « Avant propos », *Dr. soc.* 2005, p. 1081.

DUPEYROUX O.,

- « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

- « La jurisprudence, source abusive du droit », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Tome 2, Dalloz Sirey, 1960, p. 349.

DUPLAT J.,

- « Cumul ou non cumul des jours de congés annuels et des jours de réduction du temps de travail en cas de concours de convention collectives ? », *Dr. soc.* 2009, p. 38.

DUQUESNE Fr.,

- « Énonciation du motif de licenciement, droit à "un procès équitable" et notion de revirement de jurisprudence », *JCP E* 2005, 983.

DURAND P.,

- « Le dualisme de la convention collective », *RTD civ.* 1939, p. 353.

- « Une orientation nouvelle du droit du travail, l'ordre économique et le droit du travail », *DC* 1941. chron. VII.

- « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944, p. 73.

- « Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail », *JCP* 1944, I, 387.

- « Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat », *RTD civ.* 1948, p. 155.

- « La décadence de la loi dans la Constitution de la Ve République », *JCP* 1959, I, 1470.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O.,

- « Pour une nouvelle approche des politiques de l'emploi », *Dr. soc.* 2006, p. 123.

EDELMAN B.,

- « A bas le droit du travail, vive la concurrence ! (à propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mars 1991) », *D.* 1992, p. 1.

- « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, p. 1547.

EL GHARBI M.,

- « Justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique », *RRJ* 2005-1, p. 165.

ESCANDE-VARNIOL M.-C.,

- « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 1997, p. 478.

- « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », *Dr. soc.* 2002, p. 1064.

EWALD Fr.,

- « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Dr. soc.* 1985, p. 723.

EYMARD-DUVERNAY Fr.,

- « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Dr. soc.* 2004, p. 812.

FAGES F. et ROUVILLOIS Fr.,

- « Lobbying : la nouvelle donne constitutionnelle », *D.* 2010, p. 277.

FARJAT G.,

- « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 47.

FAVENNEC-HÉRY Fr.,

- « Le droit et la gestion des départs », *Dr. soc.* 1992, p. 581.

- « Épargne salariale, principe de transparence et de non-discrimination », *RJS* 2002, p. 2.

- « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », *RJS* 6/03, chron. p. 459.

- « Le contrôle judiciaire du contrat de travail », in *La négociation du contrat de travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 85.

- « Le forfait jours pour tous ou la fin de la RTT », *Dr. soc.* 2005, p. 1126.

- « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2006, p. 766.

- « L'obligation de sécurité du salarié », *Dr. soc.* 2007, p. 687.

- « L'ANI sur la modernisation du marché du travail : un espoir ? », *JCP S* 2008, Act. 85.

- « La représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2009, p. 630.

- « L'extinction de la relation de travail dans les groupes », *Dr. soc.* 2010, p. 762.

FAVEREAU O.,

- « Le droit du travail face au capitalisme : d'une normativité ambiguë à la normativité de l'ambiguïté », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 39.

FAVOREU L.,

- « Chronique de jurisprudence », *RFDC* 1997, p. 323.

FERRÉ N.,

- « Les travailleurs dans le Code civil », in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, sous la direction de P. BLOCH, C. DUVET, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Economica, coll. « Études juridiques », p. 123.

FIorentino A.,

- « Le nouveau visage du *fixed-term* contract », *SSL* 5 juillet 2004, n° 1176, p. 6.

- « La simplification du droit du travail », in *La simplification du droit*, sous la direction de J.-M. PONTIER, PUAM, 2006, p. 251.

FLAMENT L.,

- « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.* 2007, p. 16.

FOYER J.,

- « Rapport de synthèse », in *Les nouveaux moyens de reproduction*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1986, Tome XXXVII, p. 17.

FRIOCOURT M. et MONGIN B.

- « Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit », *LPA* 10 octobre 2002, n° 203, p. 4.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Les différentes définitions de la régulation », *LPA* 10 juillet 1998, n° 82, p. 3.

FROSSARD S.,

- « Application des conventions collectives : les limites de l'autodétermination », *Dr. soc.* 2006, p. 17.

- « Les incertitudes relatives au contrat », in *Le singulier en droit du travail*, sous la direction de J.-M. BÉRAUD et A. JEAMMAUD, Dalloz, 2006, p. 33.
- « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.
- FROUIN J.-Y.,
- « Manifestations et instruments de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1501.
- « Raisons de la construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2009, chron. 1516.

- GABA, H. K.,
- « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », *RJS* 01/09, p. 3.
- GALLAND B.,
- « De l'urbanisation à la "glocalisation", L'impact des technologies de l'information et de la communication sur la vie et la forme urbaine », in *The Impacts of Information Technologies On Urban Form And Life*, Monte Verita, Ascona, 1995, p. 2.
- GARBAR C.-A.,
- « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut », *RJS* 5/98, p. 355.
- GARCIA K.,
- « Le droit du travail et la famille », *Dr. soc.* 2009, p. 12
- GARDIA A.,
- « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles », *Dr. soc.* 2002, p. 854.
- GASSER J.-M.,
- « Le droit de retrait dans le secteur privé », *RJS* 6/06, p. 463.
- GATÉ J. et GÉLY M.-L.,
- « Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement – article 34 », in *La Constitution de la République française, Analyses et commentaires*, sous la direction de Fr. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, Economica, 3^{ème} éd., 2009, p. 879.
- GAUDIN L.,
- « La novation en droit du travail, une notion en quête d'utilité », *RDT* 2008, p. 162.
- GAUDU Fr.,
- « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.* 1995, p. 535.
- « Synthèse. À propos du rapport Supiot », *SSL* 2 octobre 2000, n° 997, p. 59.
- « L'ordre public en droit du travail », in *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p. 363.
- « Libéralisation des Marchés et droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 505.
- GAURIAU B.,
- « Le référendum, un préalable nécessaire », *Dr. soc.* 1998, p. 338.
- « Le référendum et les accords "Aubry II" », *Dr. soc.* 2000, p. 311.
- « La jurisprudence dite « Framatome et Majorette » ne doit-elle pas être abandonnée ? », *Dr. soc.* 2004, p. 375.
- « L'exécution de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 est suspendue », *JCP S* 2005, 1403.
- « À propos de quelques accords relatifs au droit syndical en entreprise », *JCP S* 2006, 1253.
- « Droit du travail : sur quelques ordonnances récentes (article 38 de la Constitution) », *Dr. soc.* 2006, p. 615.
- « La Position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, Act. 197.

- GAUTIÉ J.,
- « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Dr. soc.* 2005, p. 3.
- GAUTIER P.-Y.,
- « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, PUF coll. « Droit, éthique, société », 1998, p. 129.
- GAVINI Ch.,
- « Vers un droit interne d'entreprise ? », *Sociologie du travail* n° 2/97, p. 149.
- GAYAT E. et DE SENG A.,
- « Un débat sur la nature et le rôle de la jurisprudence ou une promotion de la sécurité juridique des employeurs ? Deux arrêts pour un rapport », *Dr. ouvrier* 2005, p. 146.
- GÉA Fr.,
- « La prise d'acte de la rupture, Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 8-9/10, chron. p. 559.
- GENIAUT B., GIRAUDET C. et MATHIEU C.,
- « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », *Dr. ouvrier* 2003, p. 367.
- GERNIGON B.,
- « L'organisation internationale du travail et les libertés publiques », *Dr. soc.* 1982, p. 425.
- GHESTIN J.,
- « La notion de contrat », *D.* 1990. chron. XXVII.
- « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984, p. 77.
- GINON A.-S. et GUIOMARD Fr.,
- « Le suicide peut-il constituer un risque professionnel ? », *Dr. ouvrier* 2008, p. 367.
- GLÉNARD G.,
- « La conception matérielle de la loi, 1 – La loi ordinaire », *D.* 2005, p. 922.
- GOFFAUX-CALLEBAUT G.,
- « La définition de l'intérêt social (Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes) », *RTD com.* 2004, p. 35.
- GOLDMAN B.,
- « Frontières du droit et *Lex mercatoria* », *Arch. phil. droit* 1964, p. 177.
- GOMEZ-MUSTEL M.-J.,
- « Formation et adaptation dans la jurisprudence sociale », *Dr. soc.* 1999, p. 801.
- « Les enjeux de l'obligation d'adaptation », *Dr. soc.* 2004, p. 499.
- GOSSELIN H.,
- « Démission et prise d'acte de la rupture du contrat de travail : deux régimes juridiques autonomes ? », *RJS* 7/07, p. 603.
- GRAVEL É.,
- « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité », in *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, sous la direction de J.-Cl. JAVILLIER, éd. Institut International d'études sociales, 2007, p. 55.
- GRÉVY M.,
- « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. ouvrier* 2006, p. 114.
- GRÉVY M. et FABRE A.,
- « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362.
- GRIGNARD M.,
- « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010, p. 515.

- GRUA Fr.,
 - « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RDT civ.* 1983, p. 263.
 - « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59.
- GRUMBACH T., LANQUETIN P., LYON-CAEN P., M. C., ZBINDEN C.,
 - « Employeurs, vous avez été trompés – Salariés, vous êtes sacrifiés... », *Justice* mai 2006, n° 187, p. 16.
- GUIOMARD Fr.,
 - « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.
- HAKIM N.,
 - « Les premiers traités de législation industrielle et la jurisprudence : les ressources d'une influence doctrinale au Palais », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. LE CROM, PUR, 2004, p. 29.
- HAMON L.,
 - « La distinction des domaines de la loi et du règlement en matière de sécurité sociale, de droit syndical et de droit du travail », *Dr. soc.* 1964, p. 407.
- HARRIBEY J.-M.,
 - « La financiarisation du capitalisme et la captation de valeur », in *Le Capitalisme contemporain : question de fond*, sous la direction de J.-C. DELAUNAY, L'Harmattan, 2001.
- HARVEY D.,
 - « Time-Space Compression and the Postmodern Condition », in *The Global Transformation Reader*, D. Held and A. McGrew, Polity Press, 2000, p. 82.
- HÉAS Fr.,
 - « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, p. 504.
 - « Observations sur les processus normatifs en matière de relations professionnelles », *Dr. ouvrier* 2007, p. 306.
 - « Le bien-être au travail », *JCP S* 2010, 1284.
- HÉBRAUD P.,
 - « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 329.
 - « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. KAYSER*, Tome 1, PUAM, 1979, p. 1.
- HENRIOT P.,
 - « Pour un Ministère public actif dans la construction de la jurisprudence sociale », *Dr. ouvrier* 2010, p. 87.
- HENRY M.,
 - « Le contrat de travail dans tous ses états », *Dr. ouvrier* 2005, p. 90.
- HENRY X.,
 - « La jurisprudence accessible, Mégacode civil : théorie d'une pratique (1) », *RRJ* 1999-3, p. 631.
 - « La jurisprudence accessible, Mégacode civil : théorie d'une pratique (2) », *RRJ* 1999-4, p. 979.
- HEUZÉ V.,
 - « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* 2005, 130.
- HIEZ D.,
 - « Le changement temporaire du lieu de travail, mobilité inhérente aux fonctions du salarié et intérêt de l'entreprise : un savant mélange », *RRJ* 2004-4, p. 2335.

HILLIG-POUDEVIGNE Chr. et LOUVEL G.,

- « La notion de groupe à l'épreuve du droit social », *JCP E* 2005, 1393.

HOUSSEAU S.,

- « L'article 1134 du Code civil et le contrat de travail », *RRJ* 2004-2, p. 759.

HUGLO J.-G.,

- « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* 11/2001, p. 82.

IGALENS J.,

- « La GPEC : intérêts et limites pour la gestion du personnel », *Dr. soc.* 2007, p. 1074.

JAMIN Ch.,

- « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr et patr.* 1998, n° 58, p. 48.

JAUSSAUD R.,

- « Les difficultés d'application de la loi du 23 décembre 1946 sur les conventions collectives du travail », *Dr. soc.* 1949, p. 93.

JAVILLIER J.-Cl.,

- « Rapport de synthèse – table ronde n° 2 : Les libertés publiques propres aux travailleurs », *Dr. soc.* 1982, p. 489.

- « Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, le cas des représentations des salariés dans l'entreprise », in *Le Droit collectif du Travail, questions fondamentales – évolutions récentes, Études en hommage à H. Sinay*, Peter Lang éd., 1994, p. 219.

- « Faut-il déréglementer les relations de travail ? », *D.* 1995, p. 344.

JEAMMAUD A.,

- « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc.* 1978, p. 337.

- « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982, p. 618.

- « Flexibilité : le procès du droit du travail », in *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?*, éd. législatives et administratives, coll. « Recherche de Droit social », 1986, p. 23.

- « France », in *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique, Essai comparatif*, sous la direction de A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, Actes Sud, 1986, p. 19.

- « Crise et relations de travail », in *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique, Essai comparatif*, sous la direction de A. LYON-CAEN et A. JEAMMAUD, Actes Sud, 1986, p. 96.

- « Droit du travail 1988 : des retournements, plus qu'une crise », *Dr. soc.* 1988, p. 583.

- « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 299.

- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

- « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », *AJDA* 1991, p. 612.

- « Un code allégé ? », *Dr. soc.* 1993, p. 639.

- « Crise et relations de travail », in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, 5^{ème} journée R. SAVATIER, 1995, PUF 1997, p. 91.

- « Le droit du travail en changement, Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998, p. 211.

- « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Dr. ouvrier* 1998, p. 240.

- « La codification en droit du travail », *Droits – 27*, 1998, p. 161.

- « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

- « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », *Dr. soc.* 1999, p. 447.

- « Le contrat de travail, une puissance moyenne, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 299.
- « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, sous la direction d'A. JEAMMAUD, Dalloz, 2005, coll. « Thèmes et commentaires », p. 15.
- JEAMMAUD A, KIRAT T. et VILLEVAL M.-C.,
- « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », *RID éco.* 1996, p. 99.
- JEAMMAUD A., LE FRIANT M. et LYON-CAEN A.,
- « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, chron. p. 359.
- JESTAZ Ph.,
- « Source délicate... Remarques en cascades sur les sources du droit », *RTD civ.* 1993, p. 73.
- « Synthèse », in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. FAURÉ et G. KOUBI, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 233.
- JOBART J.-Ch.,
- « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *RRJ* 2004-1, p. 33.
- JOHANSSON A.,
- « Le temps de travail effectif : temps productif ou temps "à disposition" ? », *D.* 2006, p. 1711.
- « Les obligations conventionnelles face au silence du contrat de travail », *JCP S* 2006, 1304.
- JOLIVET G.,
- « Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *JCP S* 2010, 1353.
- JOLY B.,
- « La prise en compte du suicide au titre des risques professionnels : regards croisés sur la jurisprudence judiciaire et administrative », *Dr. soc.* 2010, p. 258.
- JOSSERAND L.,
- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, p. 1.
- « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. IX.

- KATZ T.,
- « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », *Dr. ouvrier* 2005, p. 151.
- KERBOUC'H J.-Y.,
- « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 1998, p. 834.
- KEROMNES G.,
- « La saisine pour avis de la Cour de cassation. Examen des conditions de recevabilité des demandes », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1571.
- KESSLER Fr.,
- « Images de la flexicurité : le droit du licenciement aux Pays-Bas », *Dr. soc.* 2008, p. 577.

- LABORDE J.-P.,
- « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 277.
- LAGARDE X.,
- « Approche critique de la *Lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 125.

- « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD civ.* 2002, p. 435.
- « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, p. 678.
- LAHALLE Th.,
- « La longue route...ou un an d'une difficile (r)évolution du droit social », *LPA* 14 novembre 2006, n° 227, p. 3.
- LAITHIER Y.-M.,
- « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, chron. p. 1003.
- LALLEMAND J. et LARRIÈRE S.,
- « La réversibilité dans les contrats d'externalisation », *RDC* 2003, p. 246.
- LAMARRE D.,
- « "Législationite aiguë" : une maladie française », *France Forum* 2005, p. 103.
- LANGLOIS Ph.,
- « Rapport de synthèse », *Dr. soc.* 1982, p. 433.
- « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201.
- « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.* 2003, p. 283.
- « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc.* 2006, p. 155.
- « Les sources de la justification des licenciements pour motifs économiques », *D.* 2006, p. 385.
- « La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2006, p. 1084.
- « Une loi négociée », *Dr. soc.* 2008, p. 346.
- LANGLOIS Ph. et VERDIER J.-M.,
- « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, p. 253.
- LANQUETIN M.-Th.,
- « L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans ? », *Dr. soc.* 2006, p. 624.
- LARDY-PÉLISSIER B.,
- « L'obligation de reclassement », *D.* 1998, p. 399.
- « La prohibition légale du harcèlement », *RJS* 3/06, p. 191.
- LAROQUE P.,
- « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.* 1954, p. 271.
- LASSERRE-KIESOW V.,
- « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279.
- LAULOM S.,
- « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.* 2007, p. 623.
- LAULOM S. et MERLEY N.,
- « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.
- LAULOM S. et VIGNEAU Ch.,
- « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.* 2005, p. 526.
- LEADER S.,
- « Deux façons d'ajuster les droits en conflit en droit du travail », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction d'A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 219.
- LE BERRE H.,
- « La jurisprudence et le temps », *Droits – 29*, 1999, p. 71.
- LECLERCQ J.,
- « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA* 14 novembre 2001, n° 252, p. 19.

- LÉCUYER H.,
- « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à Fr. TERRÉ*, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 643.
- LE GAC-PECH S.,
- « La figure contractuelle en droit du travail », *D.* 2005, p. 2250.
- LÉGER N. et DORÉ D.,
- « Le droit social de l'entreprise virtuelle », *LPA* 20 janvier 1999, n° 14, p. 10.
- LE GOFF J.,
- « Nouveaux modes de subordination dans le travail », *Esprit* 03-04/2005, p. 143.
- « Le droit du travail entre décomposition et recomposition », *Justice* mai 2006, n° 187, p. 3.
- LEGRAND B., DE TAILLAC L. et TERRACOL A.,
- « L'intervention de l'Etat dans l'accompagnement des plans sociaux », *Regards sur l'actualité* avril 2003, p. 39.
- LEGROS R.,
- « Les notions à contenu variable en droit pénal », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, éd. Bruylant, 1984, p. 21.
- LEMOINE E.,
- « Les principes civilistes dans le contrat de travail », *LPA* 15 juin 2001, n° 119, p. 8.
- LÉONARD E. et DION D.,
- « Quelle régulation de la flexibilité, entre global et local », in *La société flexible, Travail, emploi, organisation en débat*, sous la direction de M. de NANTEUIL-MIRIBEL et A. EL AKREMI, Erès, 2005, p. 317.
- LEPAGE A.,
- « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 364.
- LERAY I.,
- « La réduction du temps de travail pour tous, la loi du 23 avril 1919, in *Deux siècles de droit du travail. L'histoire des lois*, sous la direction de J.-P. LE CROM, Les éditions de l'Atelier, 1998, p. 117.
- LEROSIER J.-J. et BASLE M.,
- « Les premières lois sociales », *RF aff. soc.* janvier 1981, p. 11.
- LEVASSEUR G.,
- « Evolution, caractères et tendances du droit du travail », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à G. RIPERT*, Tome 2, LGDJ, 1950, p. 444.
- LHERNOULD J.-Ph.,
- « La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives », *RJS* 7/10, chron. p. 507.
- LIBCHABER R.,
- « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p. 792.
- « Le décret d'application, norme paradoxale », *RTD civ.* 1998, p. 788.
- « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. FAURÉ et G. KOUBI, Economica, coll. « Études juridiques », 2003, p. 143.
- LOJKINE J.,
- « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002, p. 604.
- « A propos du rapport Supiot, dépassement du Marché du travail ou simple adaptation du droit du travail aux nouvelles stratégies des entreprises capitalistes », *Dr. soc.* 1999, p. 669.
- LOMBA C.,
- « Distinguer un ouvrier d'un employé de l'industrie : naturalisation et négociation des classifications », *Sociétés contemporaines* 2004, n° 54, p. 35.

LOUBEJAC F.,

- « Sur la suppression de l'autorisation de licenciement », *Dr. soc.* 1986, p. 213.

LUTTRINGER J.-M. et WILLEMS J.-P.,

- « La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie », *Dr. soc.* 2010, p. 417.

LYON-CAEN A.,

- « Actualité du contrat de travail, Bref propos », *Dr. soc.* 1988, p. 540.

- « Changement politique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 1.

- « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. soc.* 1992, p. 573.

- « Grandeur et décadences de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin et renouveau*, CEREQ, Étude n° 65, novembre 1993, p. 53.

- « Le maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1996, p. 655.

- « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352.

- « Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail, quelques réflexions à partir de l'expérience française », in *Les juges et le droit social, Contributions à une approche comparative*, COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2002, p. 22.

- « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie à propos de la modification du contrat de travail, in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2004, p. 357.

- « Faut-il réécrire, et comment, le Code du travail », *LS Magazine*, mars 2005, p. 9.

- « Le juge, un faiseur d'insécurité pour l'entreprise ? », *Justice* mai 2006, n° 187, p. 11.

LYON-CAEN A. et JEAMMAUD A.,

- « Présentation », in *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, sous la direction de A. LYON-CAEN et Q. URBAN, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 3.

LYON-CAEN A. et VACARIE I.,

- « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 421.

LYON-CAEN G.,

- « Faut-il refaire un Code du travail ? », *D.* 1966, chron. VII.

- « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.*, T. XIII, 1968, p. 59.

- « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89.

- « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229.

- « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 35.

- « A propos de quelques ouvrages de Doctrine », *Dr. soc.* 1978, p. 292.

- « À propos de l'entreprise éclatée », *Dr. ouvrier* 1981, p. 127.

- « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 801.

- « Plaidoyer pour le droit et les juristes », in *Convergences, Études offertes à M. DAVID*, Calligrammes, 1991, p. 297.

- « Le droit social de la Communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.* 1993, chron. XXXIII.

- « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.* 2001, p. 1031.

- « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvrier* 2004, p. 49.

- « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouvrier* 2004, p. 52.

LYON-CAEN P.,

- « Faut-il retarder les effets des revirements de jurisprudence ? », *Dr. ouvrier* 2005, p. 139.

- MACNEIL I. R.,
- « The many futures of contracts », *Southern Calif. Law Rev.* 1974, vol. 47, p. 691
- MAGGI-GERMAIN N.,
- « Le licenciement des salariés protégés : processus et enjeux », *Droit et société* 62/2006, p. 179.
- MAIRE E.,
- « Du changement imposé aux adaptations négociées », *Dr. soc.* 1986, p. 834.
- MALAURIE Ph.,
- « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges offerts R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603.
- MALECKI C.,
- « La loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *JCP E* 2002, 915.
- « Le nouveau souffle de l'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006 », *D.* 2007, chron. p. 524.
- MARLEAU V.,
- « Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier en droit du travail », in *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir, Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS*, éd. BIT, 2004, p. 363.
- MARTINON A.,
- « Le forfait-jours : du cadre au non-cadre », *JCP S* 2005, 1202.
- MATHIEU B.,
- « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, chron. p. 152.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M.,
- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *LPA* 17 octobre 1997, n° 99, p. 10.
- MAURY J.,
- « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. RIPERT*, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 28.
- MAYER F. et SACHS-DURAND C.,
- « L'évolution du rapport salarial », in *Le Droit collectif du Travail, questions fondamentales – évolutions récentes, Études en hommage à H. SINAY*, Petre Lang éd., 1994, p. 369.
- MAZEAUD A.,
- « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. soc.* 2003, p. 164.
- « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.* 2003, p. 361
- « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. PÉLISSIER*, Dalloz, 2003, p. 383.
- « Droit du travail et bicentenaire du Code civil : autour des articles 1134 et 9 du Code civil, ou, du contrat à la personne », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 575.
- « L'organisation du rapport contractuel : aspect général et réflexions à partir notamment des travaux de la commission de Virville », in *La négociation du contrat de travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 25.
- « Du CNE, de la flexisécurité, etc. », *Dr. soc.* 2006, p. 591.
- « La sécurité juridique et les décisions du juge », *Dr. soc.* 2006, p. 744.
- MAZEAUD D.,
- « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Defrénois* 1998, p. 1137.
- « La réduction des obligations contractuelles », *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 58.

- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 295.
- « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel », *LPA* 18 avril 2004, n° 92, p. 47.
- MAZEAUD P.,
- « Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, discours prononcé le 3 janvier 2005 », *Cahiers de droit constitutionnel*, n° 18/2005, p. 2.
- MAZÈRES J.-A.,
- « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in *Marché-nation, regards croisés*, sous la direction de B. STERN, Montchrestien, 1995, p. 124.
- MEKKI M.,
- « Existe-t-il un *jus commune* applicable aux clauses du contrat de travail ? », *RDT* 2006, p. 292.
- « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 323.
- MÉNARD Cl.,
- « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 661.
- MERLIN J.,
- « Liberté syndicale et spécialité syndicale », *Dr. soc.* 1998, p. 565.
- MESTRE J.,
- « L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats », *Dr. soc.* 1988, p. 405.
- « Entre droit des contrats et droit du travail : l'activité contractuelle du salarié », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 673.
- MEUNIER-BOFFA M.,
- « Citoyen-salarié ou salarié-citoyen : des droits fondamentaux et des libertés individuelles à sauvegarder », *LPA* 18 mai 2005, n° 98, p. 3.
- MEYRAT I.,
- « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail – Pour une approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction d'A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz 2005, coll. « Thèmes et commentaires », p. 41.
- MICHALET C.-A.,
- « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche juridique », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de C. KESSADJIAN et E. LOQUIN, Litec, 2000, p. 11.
- « Code du travail : recodification ou réécriture ? », *RPDS* 2006, n° 730, p. 39.
- MINÉ M.,
- « Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail », *Dr. ouvrier* 2004, p. 352.
- MOIZARD N.,
- « Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 693.
- MONÉGER J.,
- « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTD civ.* 2005, p. 323.
- MONTAGNE S. et SAUVIAT C.,
- « L'influence des marchés financiers sur les politiques sociales des entreprises : le cas français », *Travail et Emploi* 2001, n° 87, p. 111.

- MORACCHINI-ZEIDENBERG S.,
 - « Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ? », *RRJ* 2003-3, p. 1985.
- MOREAU M.,
 - « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Dr. soc.* 1995, p. 359.
- MOREAU M.-A. et TRUDEAU G.,
 - « Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie », *Relat. Ind.* 1998, vol. 53, p. 1.
- MORET-BAILLY J.,
 - « Les stipulations de constatations », *RRJ* 2001-2, p. 489.
- MORIN A.,
 - « La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État en droit du travail », *Dr. soc.* 2008, p. 546.
- MORIN M.-L.,
 - « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 11.
 - « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 31.
 - « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité », *Dr. soc.* 1998, p. 419.
 - « Analyse de la loi de 1950, in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, Les Éditions de l'Atelier, 1998, p. 179.
 - « Partage des risques et responsabilité de l'emploi, contribution au débat sur la réforme du droit du travail », *Dr. soc.* 2000, p. 730.
- MORVAN P.,
 - « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001-1, p. 77.
 - « Le "déflocage" de la faute inexcusable », *RJS* 6/02, p. 495.
 - « Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié », in *La négociation du contrat de travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 45.
 - « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247.
 - « La production de principes par la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, 2008, p. 21.
 - « L'étrange codification d'un accord collectif ; le *hold up* de l'ANI sur la mensualisation », *JCP S* 2008, 1266.
 - « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008, p. 643.
 - « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, p. 679.
- MOULY J.,
 - « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement ? », *LPA* 4 mai 1994, n° 53, p. 9.
 - « Disciplinaire, donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003, p. 395.
- MOULY J. et MARGUÉNAUD J.-P.,
 - « La Chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *JCP S* 2009, 1001.
- MOUSSY P.,
 - « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail) », *Dr. ouvrier* 1999, p. 1.
- MOYSAN H.,
 - « Le droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail », *JCP S* 2007, Act. 185.

- « À propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », *D.* 2007, p. 3029.
 - « De la mise en application de la loi », *JCP S* 2010, Libres propos 109.
- MUIR WATT H.,
- « Du contrat "relationnel" », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'association H. CAPITANT, LGDJ, 2000, p. 169.
- NADAL S.,
- « Le destin de la négociation de branche », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 59.
- NEAU-LEDUC Ch.,
- « Le compte épargne-temps : version 2005 », *JCP S* 2005, 1064.
 - « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Dr. soc.* 2006, p. 952.
- NOURY A.,
- « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *RRJ* 2008, p. 839.
- OGIER-BERNAUD V.,
- « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant "principe de faveur" », *RFDC* 2003, p. 567.
- OLIVIER J.-M.,
- « Les conflits de sources en droit du travail interne », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, PUF, 1998, p. 194.
- OLLIER P.,
- « Introduction au débat – Table ronde n° 2 : Les libertés publiques propres aux travailleurs », *Dr. soc.* 1982, p. 436.
 - « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans les entreprises », *Dr. soc.* 1982, p. 680.
- OPPETIT B.,
- « Portalis philosophe », *D.* 1995, p. 330.
- OST Fr.,
- « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la direction de P. BOURETZ, Éditions Esprit, 1991, p. 241.
 - « De la pyramide au réseau, un nouveau paradigme pour la science du droit », in *Tisser le lien social*, sous la direction d'A. SUPLOT, éd. Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 189.
- PAGNERRE Y.,
- « Le respect des valeurs républicaines ou "l'éthique syndicale" », *JCP S* 2009, 1050.
- PAINCHAUX M.,
- « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ* 2004-3, p. 1567.
- PÉLISSIER J.,
- « Le règlement intérieur et les notes de services », *Dr. soc.* 1982, p. 75.
 - « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 387.
 - « Droit des conventions collectives, évolution ou transformation, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2000, p. 95.
 - « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges en l'honneur de P. COUV RAT*, PUF, 2001, p. 101.

- « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges offerts à M. DESPAX*, PUSS, 2001, p. 389.
- « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 1/04, p. 3.
- « La détermination des éléments du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2005, p. 92.
- « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 7/05, p. 499.
- « La remise en cause des démissions », *RJS* 7/07, p. 591.
- « Modernisation de la rupture du contrat de travail », *RJS* 8-9/08, p. 679.
- PERRIN J.-Fr.,
- « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, éd. Bruylant, 1984, p. 211.
- PERULLI A.,
- « Les droits fondamentaux et le droit du travail – Quelques remarques », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction d'A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz 2005, coll. « Thèmes et commentaires », p. 207.
- PÉRU-PIROTTE L.,
- « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S* 2008, 1314.
- PETIT Fr.,
- « L'ordre public dérogatoire », *RJS* n° 5/07, p. 391.
- « Le droit à l'accompagnement », *Dr. soc.* 2008, p. 413.
- « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. soc.* 2010, p. 634.
- « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S* 2010, 1352.
- PIASTRA R.,
- « Trop de lois en France... », *D.* 2006, p. 1060.
- PICA G.,
- « Droit civil et droit du travail : contraintes et légitimité », *Dr. soc.* 1988, p. 426.
- PIGNARRE G.,
- « Vie personnelle du salarié et contrat de travail », *LPA* 7 mars 2006, n° 47, p. 3.
- PIZZIO-DELAPORTE C.,
- « Libertés fondamentales et droits du salarié : le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001, p. 404.
- PLATEL B. et COURSIER Ph.,
- « Avant-propos : vers un véritable droit des risques professionnels ? », *JCP S* 2010, 1156.
- PLET M.,
- « Bonne foi et contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2005, p. 98.
- POCHET P.,
- « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », *JCP S* 2005, 1435.
- POIRIER M.,
- « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885.
- PONTIER J.-M.,
- « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998, p. 327.
- POUEY O.,
- « Salariés rapatriés : plaidoyer pour le contrat de mission », *TPS* juillet 2004, p. 9.
- PRÉTOT X.,
- « Conventions et accords collectifs : principes généraux du droit et accords dérogatoires », *RJS* 1994, p. 819.
- « De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social », *RJS* 6/97, p. 415.
- « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation... », *Dr. soc.* 2002, p. 244.

PRIESTLEY Th.,

- « À propos du contrat d'activité proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. soc.* 1995, p. 955.

PUIG P.,

- « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

PUIGELIER C.,

- « À propos du revirement de jurisprudence en droit du travail », *JCP E* 2004, 624.

RACLET A.,

- « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », *LPA* 2001, n° 155, p. 17.

RADÉ Ch.,

- « Haro sur le contrat, à propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 514.

- « La figure du contrat dans le rapport de travail », *Dr. soc.* 2001, p. 802.

- « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988.

- « Feu la jurisprudence Framatome et Majorette », *Dr. soc.* 2005, p. 386.

- « Recodifier le Code du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 483.

- « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* 2007, p. 513.

- « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelles réformes ? », *Dr. soc.* 2008, p. 295.

- « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ? », *Dr. soc.* 2010, p. 873.

RAY J.-E.,

- « Mutation économique et droit du travail », in *Les Transformations du droit du travail, Études offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 11.

- « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. soc.* 1992, p. 525.

- « Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. soc.* 2000, p. 574.

- « Du louage des gens de travail aux travailleurs du savoir, contrat embryonnaire en 1804, modèle dépassé en 2004 ? », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de Th. REVET, LGDJ, T. 6, coll. « Bibliothèque de l'Institut A. Tunc, 2005, p. 154.

- « Fuites et évitements », *LS Magazine* mai 2005, p. 52.

- « La loi pour la cohésion sociale : continuité et retournements », *Dr. soc.* 2005, p. 359.

- « La guerre des temps – Le Net ? Never Enough Time ! », *Dr. soc.* 2006, p. 3.

- « La fausse bonne idée du contrat unique de travail », *LS Magazine* juin 2006, p. 60.

- « Que reste-t-il de l'ordre public social ? », *LS Magazine* janvier 2009, p. 48.

- « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010, p. 496.

RAYNAUD Ph.,

- « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », *APD* 1985, p. 65

REBÉRIOUX A.,

- « Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions », *Travail et Emploi*, janvier 2003, n° 93, p. 26.

RENNES P.,

- « Sécurité juridique, revirements de jurisprudence, pouvoirs des juges, beaucoup de bruit pour peu de choses ? Avant propos », *Dr. ouvrier* 2005, p. 137.

REJET Th.,

- « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 43.

- « La loi et le contrat – Synthèse », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, sous la direction de Ph. JESTAZ, Dalloz, 2005, p. 397.
- « La clause légale », in *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, p. 277.
- REYNAUD J.-D.,
- « Le management par les compétences : un essai d'analyse », *Sociologie du travail* 2001, n° 43, p. 7.
- REYNES B.,
- « Limite à l'obligation de formation de l'employeur », *D.* 2001, somm. comm. p. 3010.
- « Variations sur le contrat de travail unique », *D.* 2005, p. 2348.
- RIALS S.,
- « Ouverture : l'office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3.
- RICHARD DE LA TOUR J.,
- « Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail », *RJS* 2/99, p. 94.
- RIPERT G.,
- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Études offertes à Fr. GÉNY*, 1934, Tome II, p. 347.
- RIVERO J.,
- « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 421.
- ROBERTSON R.,
- « Comments on the "Global Trid" and "Glocalization" », in *Globalization and Indigenous Culture*, Inoue Nobutaka, General editor, Institute for Japanese Culture and Classics, Kokugakuin University, 1997.
- ROCHFELD J.,
- « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », *RDC* 2/2005, p. 257.
- RODIÈRE P.,
- « Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle, négociation indépendante, subordonnée, "articulée" ? », *Dr. soc.* 1982, p. 711.
- « L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective ? », *SSL* 2003, n° 1125, p. 6.
- « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de la négociation collective », *RTD eur.* 2008, p. 47.
- RONDEAU-RIVIER M.-C.,
- « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *RTD civ.* 1993, p. 89.
- ROUDIL A.,
- « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable » », *Dr. soc.* 1985, p. 84.
- ROUHETTE G.,
- « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 2-1986, p. 369.
- ROUMIER W.,
- « Bonne foi et loyauté dans le contrat de travail : débat sémantique ou réalité juridique ? », *TPS* février 2003, p. 4.
- ROY-LOUSTAUNAU Cl.,
- « Deux nouveaux venus contestables dans le maelström des contrats spéciaux : le contrat de mission à l'exportation et le contrat d'avenir », *Dr. soc.* 2005, p. 414.
- ROZÈS L.,
- « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311.

- SAADA R.,
- « Santé au travail : vaincre l'isolement », *Dr. ouvrier* 2009, p. 200.
- SABETE W.,
- « L'exception de la loi de programme », *D.* 2005, p. 930.

- SAINT-JOURS Y.,
 - « Les options économiques de la jurisprudence sociale », *D.* 1987, p. 178.
 - « Du conditionnement économique de la jurisprudence sociale », *D.* 2006, p. 665.
- SALAIS R.,
 - « Libertés du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne », *Dr. soc.* 1999, p. 467.
- SALMON J. A.,
 - « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, éd. Bruylant, 1984, p. 251.
- SAMARITO F.,
 - « Le droit du travail en question », *Dr. ouvrier* 1986, p. 39.
- SANDRET N.,
 - « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », *RDT* 2008, p. 498.
- SARGOS P.,
 - « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le "Rapport sur les revirements de jurisprudence") », *Dr. soc.* 2005, p. 123.
 - « L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse », *Dr. soc.* 2006, p. 48.
- SAURET A.,
 - « Le concept de dérogation en droit du travail », in *Sur l'entreprise et le droit social, Études offertes à J. BARTHÉLÉMY*, Droit du travail et de la sécurité sociale, 1994, p. 35.
 - « La polémique inutile sur les "nouvelles embauches" », *LPA* 3 février 2006, n° 25, p. 4.
- SAVATIER J.,
 - « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr. soc.* 1991, p. 413.
- SAVATIER R.,
 - « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *D.* 1951, p. 29.
 - « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Dr. soc.* 1960, p. 598.
 - « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. p. 43.
- SCHMID G.,
 - « Le plein emploi est-il encore possible ? Les marchés du travail « transitoires » en tant que nouvelle stratégie dans les politiques d'emploi », *Travail et Emploi*, 1995, n° 65.
- SCHMITT M.,
 - « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.* 2010, p. 682.
- SCHWARTZ R.,
 - « Éditorial », *Les cahiers de la fonction publique*, n° spécial, mars 2006, p. 3.
- SCIBERRAS J.-Ch.,
 - « À quoi sert l'évaluation des salariés ? », *RDT* 2008, p. 498.
- SEGUIN Ph.,
 - « L'adaptation du droit du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 828.
- SERINET Y.-M.,
 - « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTD civ.* 2005, p. 328.
- SERVAIS J.-M.,
 - « L'application par la France de la Convention n° 158 de l'OIT », *RDT* 2008, p. 196.
- SERVERIN É.,
 - « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société* 25/1993, p. 339.

- SERVERIN É. et JEAMMAUD A.,
- « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.* 1993, p. 91.
- SERVERIN É. et GUIOMARD Fr.,
- « L'économie du contrat nouvelles embauches revue et corrigée par l'OIT », *RDT* 2007, p. 692.
- SIGNORETTO F.,
- « La modification du contrat de travail », *RPDS* 10/2003, n° 702, p. 311.
- SIMITIS S.,
- « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.* 1997, p. 655.
- SORIA O.,
- « À la recherche du critère du contrat de travail, la notion de cause et de profit dans le contrat de travail », *RRJ* 2006-2, p. 857.
- SOULIER P.,
- « L'objet de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 596.
- « Du bon usage des clauses de mobilité géographique », *TPS* 1998, chron. p. 10.
- SOURIAC-ROTSCHILD M.-A.,
- « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491
- « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.
- « Les réformes de la négociation collective (1) », *RDT* 2009, p. 14.
- SOURIAC-ROTSCHILD M.-A. et BORENFREUND G.,
- « La négociation collective entre désillusions et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de J. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 181.
- SPYROPOULOS G.,
- « Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », *Dr. soc.* 1999, p. 230.
- « Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », *Dr. soc.* 2002, p. 391.
- SUPIOT A.,
- « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.* 1984, p. 296.
- « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990, p. 485.
- « Le travail, liberté partagée », *Dr. soc.* 1993, p. 715.
- « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. GÉRARD, Ft. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires St Louis, Bruxelles, Tome 72, 1996, p. 631.
- « Travail, droit et technique », *Dr. soc.* 2002, p. 13.
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.
- « Cinq questions pour la Constitution d'une société européenne », *D.* 2003, p. 289.
- « Le droit du travail bradé sur le "marché des normes" », *Dr. soc.* 2005, p. 1087.
- TANGUY L.,
- « De l'évaluation des postes à celle des qualités des travailleurs. Définitions et usages de la notion de compétence », in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'A. Supiot, LGCJ, coll. « Droit et Société », 1998, p. 545.
- TAURAN Th.,
- « Le salarié et les congés payés : un contentieux intarissable », *Dr. soc.* 2006, p. 642.
- TEISSIER A.,
- « Loyauté et contrat de travail : contre quelques idées reçues », *SSL* 30 mai 2005, n° 1217, p. 5.
- « La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée ? », *JCP S* 2005, 1085.

- TERRÉ Fr.,
- « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.
 - « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Arch. phil. droit* 2006, Tome 59 : La création du droit par le juge, p. 305.
- TEYSSIE B.,
- « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Dr. soc.* 1986, p. 559.
 - « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, chron. p. 1680.
 - « Sur la jurisprudence », *TPS* mai 2004, p. 3.
 - « La loi en droit du travail », in *La loi, Bilan et perspectives*, sous la direction de C. PUIGELIER, Economica, coll. « Études juridiques », 2005, Tome 22, p. 161.
 - « À propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, sous la direction de G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2005, p. 69.
 - « Sur la loi, le contrat... et quelques conflits (2005-2006) », *JCP S* 2006, Libres propos 251.
 - « Sur la sécurité juridique en droit du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 703.
 - « Un nouveau Code du travail : quel résultat ? », *JCP S* 2007, Act. 140.
 - « La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 821.
 - « Les groupes de sociétés et le droit du travail », *Dr. soc.* 2010, p. 735.
- THÉRY M.,
- « L'avenir du droit du travail : lecture du rapport d'A. Supiot », *Esprit* 02/1999, p. 198.
- THÉRY Ph.,
- « La dispense en droit privé », *Droits* – 25, 1997, p. 59.
- THIBIERGE C.,
- « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.
- THOLOZAN O.,
- « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. LE CROM, PUR, 2004, p. 59.
- TISSANDIER H.,
- « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045.
 - « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 109.
 - « Les salariés, nouveaux acteurs du droit des sociétés », in *L'Entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?*, sous la direction de V. MAGNIER, PUF, coll. « Ceprisca », 2007, p. 51.
- TOURAINÉ A.,
- « Les trois âges de l'entreprise », *Revue française d'Administration publique* 1987, p. 11.
 - « Passé et avenir du travail », in *L'Economie, le Travail, l'Entreprise*, sous la direction d'Y. MICHAUD, Odile Jacob, coll. « Université de tous les savoirs », 2002, p. 251.
- TRICOT D.,
- « L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.* 1993, p. 87.
- VACARIE I.,
- « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1990, p. 757.

- VACHET G.,
 - « Le principe de faveur dans les rapports entre les sources de droit », in *Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 79.
- « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896.
- VAN DE WYNCKELE A.,
 - « Le régime du changement de contrat de travail au sein d'une même relation de travail », *JCP S* 2006, 1064.
- VASSEUR-LAMBRY F.,
 - « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA* 17 mars 2000, n° 55, p. 4.
- VATINET R.,
 - « Contrat nouvelles embauches », *JCP S* 2005, 1317.
 - « Développement de la participation des salariés », *JCP S* 2007, 1001.
 - « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S* 2007, 1032.
- VÉLOT Fr.,
 - « Quand la loi réécrit la convention collective », *SSL* 20 mars 2006, n° 1253, p. 12.
- VERDIER J.-M.,
 - « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 571.
 - « Travail et libertés », *Dr. soc.* 1982, p. 418.
- VERGEZ M.,
 - « La légitimité de l'inspection menacée par la régression du droit social », *Justice* mai 2006, n° 187, p. 19-26.
- VÉRICEL M.,
 - « Le formalisme dans le contrat de travail », *Dr. soc.* 1993, p. 818.
- VERKINDT P.-Y.,
 - « Le contrat de travail, modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, coll. « actes », 2003, p. 197.
 - « La santé au travail, Quelques repères pour un droit en mouvement », *Dr. ouvrier* 2003, p. 82.
 - « Conclusion », in *La négociation du contrat de travail*, sous la direction de B. TEYSSIÉ, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2004, p. 103.
 - « Brèves et intempestives remarques sur l'accord sur la modernisation du marché du travail », *JCP S* 2008, Libres propos 76.
 - « La sécurité juridique et la confection de la loi », *Dr. soc.* 2006, p. 720.
 - « Un nouveau droit des conditions de travail », *Dr. soc.* 2008, p. 634.
 - « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 519.
- VERKINDT P.-Y. et BONNARD-PLANCKE L.,
 - « La réception de la « question sociale » par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. LE CROM, PUR, 2004, p. 19.
- VIALA Y.,
 - « CNE et CPE : des projets similaires en Allemagne », *JCP S* 2006, 1534.
- VIGNEAU Ch.,
 - « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 706.
 - « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. soc.* 2004, p. 883.

VILLERMÉ L. R.,

- « Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie », *Union Générale d'Éditions*, coll. « 10/18 », 1840, n° 582.

VOIRIN P.,

- « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (À propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467.

VOXEUR M.,

- « Calcul du taux de la cotisation "accidents du travail" : des changements importants mais un rendez-vous manqué », *JCP S* 2010, Act. 391.

WAHL É.,

- « La "civilisation du travail" selon Simone WEIL », *Sociologie du travail* 2005, n° 47, p. 518.

WAQUET Ph.,

- « Contrat de travail et statut collectif », *RJS* 6/94, p. 399.

- « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/96, p. 791.

- « Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 1998, p. 62.

- « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 566.

- « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 5/99, p. 383.

- « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.* 2000, p. 1051.

- « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 513.

- « Nouvelles technologies et libertés du salarié », *CSBP* juillet-août 2002, n° spécial, p. 3.

WILLEMS J.-P.,

- « De la professionnalisation au droit de la compétence », *Dr. soc.* 2004, p. 509.

WILLMANN Ch.,

- « Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale », *JCP S* 2005, 276.

- « Variations sur le thème de la modification du contrat de travail », *Dr. ouvrier* 2007, p. 175.

- « Emploi-chômage : une modernisation du marché du travail prometteuse, mais inaboutie », *Dr. soc.* 2008, p. 335.

YUNG W.,

- « La renonciation au bénéfice de la loi en droit suisse », in *Les renoncations au bénéfice de la loi, Journées françaises 1960*, Travaux de l'association H. CAPITANT, Dalloz, Tome 13, 1963, p. 321.

ZANI M.,

- « Quelques remarques pour stimuler la réflexion sur l'avenir du système normatif du BIT », *RRJ* 2008-1, p. 431

ZIMMERMANN B.,

- « Les groupements d'employeurs : la sécurité dans la flexibilité ?, *Sociologie du travail* 2006, n° 48, p. 1.

IV. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

AMAUGER-LATTES M.-C.,

- Obs. sous Cass. Soc., 23 octobre 2007, *SSL* 24 décembre 2007, n° 1334.

ANTONMATTÉI P.-H.,

- Obs. sous Cass. Soc., 9 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 630.

ARBOUSSET H.,

- Note sous CE Ass., 3 mars 2004, *D.* 2004, p. 973

ATIAS Ch.,

- Note sous Cass. Soc., 21 mars 2000, *D.* 2000, p. 593.

AUBERT-MONPEYSSEN Th.,

- Note sous Cass. Soc., 5 mai 1998, *JCP E* 1998, 1407.

AUTESSERRE J.,

- Note sous Cass. Com., 10 juin 1960, *S.* 1961, p. 42.

AUZERO G.,

- Note sous Cass. Soc., 28 juin 2006, *RDT* 2006, p. 237.

- Obs. sous Cass. Soc., 9 mai 2007, *RDT* 2007, p. 452.

BARTHÉLÉMY J.,

- Note sous Cass. Soc., 3 décembre 1996, *JCP* 1997, II, 22814.

- Obs. sous Cass. Soc., 17 janvier 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 643.

BÉAL S. et DEVAUX A.,

- Chron. sous Cass. Soc., 19 avril 2005, *JCP E* 2005, 1394.

BÉAL S. et FERREIRA A.,

- Chron. sous CE, 15 juin 2005, *JCP E* 2005, 1838.

BÉAL S. et ROUSPIDE G.,

- Note sous Cass. Soc., 2 février 2006, *JCP E* 2006, 1579.

BERNAUD V.,

- Chron. sous Cons. const., 17 janvier 2008, n° 2007-561 DC, *Dr. soc.* 2008, p. 424.

BIGOT C.,

- Note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2956.

BILLIAU M.,

- Note sous Ass. plén., 23 janvier 2004, *JCP* 2004, II, 10030.

BLAISE H.,

- Obs. sous Cass. Soc., 18 juin 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 978.

- Obs. sous Cass. Soc., 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 976.

BOCQUILLON F.,

- Obs. sous CE, 27 juillet 2001, *RJS* 2002, p. 9.

BOSSU B.,

- Note sous Cass. Soc., 15 mars 2006, *JCP S* 2006, 1329.

- Note sous Cass. Soc., 14 novembre 2007, *JCP S* 2008, 1078.

BOULMIER D.,

- Note sous Cass. Soc., 5 mai 1998, *Dr. ouvrier* 1998, p. 350.

BUGADA A.,

- Note sous Cass. Soc., 23 octobre 2007, *D.* 2008, p. 662.

CABANNES P.,

- Concl. sous Ass. plén., 4 mars 1983, *D.* 1983, p. 381.

- CAMERLYNCK G.-H.,
- Obs. sous Cass. Soc., 16 juin 1960, *JCP G* 1960, II, 11831.
- CARON Ch.,
- Note sous Cass. Soc., 2 octobre 2001, *D.* 2002, p. 2296.
- CESARO J.-Fr. et GAUTIER P.-Y.,
- Chron. sous Cass. Soc., 3 juin 2009, *D.* 2009, p. 2116.
- CHAUCHARD J.-P.,
- Note sous Ass. plén., 18 mars 1988, *D.* 1989, p. 221.
- CHAUVY Y.,
- Concl. sous Cass. Soc., 12 novembre 1997, *Dr. ouvrier* 1998, p. 49.
- Note sous Cass. Soc., 5 avril 1995, *RJS* 1995, p. 321.
- CHELLE D. et PRÉTOT X.,
- Obs. sous Cons. const., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, *D.* 2004, somm. 3029.
- Obs. sous CE, 4 mai 1988, *D.* 1990, somm. p. 134.
- CHORIN J.,
- Note sous Cass. Soc., 17 juillet 1996, *JCP G* 1997, II, 22798.
- COEURET A.,
- Rapp. sous Cass. Soc., 23 mai 2000, *RJS* 2000, p. 529.
- COHEN M.,
- Obs. sous Cass. Soc., 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 68.
- Obs. sous Cass. Soc., 14 décembre 1995, *Dr. soc.* 1996, p. 202.
- Obs. sous Cass. Soc., 12 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 87.
- COLIN T.,
- Obs. sous Cass. Soc., 30 septembre 2003, *D.* 2004, somm. p. 378.
- COURSIER PH.,
- Cron. sous 1^{er} juillet 2003, *JSL* 2003, p. 4.
- COUTURIER G.,
- Obs. sous Cass. Soc., 10 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 202.
- COUTURIER G. et RAY J.-E.,
- Chron. sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 817.
- DECOOPMAN N.,
- Note sous Cass. Soc., 9 octobre 1991, *D.* 1992, p. 127.
- DEBY M.,
- Note sous Cass. Soc., 18 avril 2008, *Dr. ouvrier* 2008, p. 533.
- DÉFOSSEZ M.,
- Note sous Cass. Soc., 25 février 1992, *D.* 1992, p. 390.
- DELPECH M.,
- Note sous Cass. Soc., 5 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7553.
- DEL SOL M.,
- Note sous Cass. Soc., 15 décembre 2006, *JCP S* 2007, 1136.
- DESBARATS I.,
- Obs. sous Cass. Soc., 9 décembre 1998, *D.* 1999, somm. 182.
- Obs. sous Cass. Soc., 27 février 2007, *D.* 2007, p. 2262.
- DEVYS C.,
- Concl. sous CE, 11 mai 2004, *RFDA* 2004, p. 454.
- Concl. sous CE, 19 octobre 2005, *JCP S* 2005, 1317.
- DOCKÈS E.,
Chron. sous Cons. prud'h. Longjumeau, 20 février 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 356.

DUMONT Fr.,

- Note sous Cass. Soc., 23 mai 2006, *JCP S* 2006, p. 1695.
- Note sous Cass. Soc., 5 mars 2008, *JCP S* 2008, 1334.

DUPLAT J.,

- Note sous Cass. Soc., 26 octobre 2005, *SSL* 7 novembre 2005, n° 1235, p. 13.

FABRE A.,

- Note sous Cass. Soc., 23 octobre 2007, *RDT* 2008, p. 33.

FAVENNEC-HÉRY Fr.,

- Note sous Cass. Soc., 29 juin 2005, *JCP S* 2005, 1154.
- Obs. sous Cass. Soc., 9 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 786.
- Obs. sous Cass. Soc., 19 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 473.

FOMBEUR P.,

- Concl. sous CE, 16 janvier 2002, *RJS* 4/02, n° 468, p. 308.

FROSSARD S.,

- Obs. sous Cass. Soc., 8 novembre 1994, *D.* 1995, somm. p. 354.

FROUIN J.-Y.,

- Note sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *RJS* 8-9/2003, p. 647.
- Note sous Cass. Soc., 21 janvier 2006, *JCP S* 2006, 1157.
- Rapp. sous Cass. Soc., 12 novembre 1997, *RJS* 1997, p. 818.
- Rapp. Sous Cass. Soc., 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 579.

GABA H.-K.,

- Note sous Cass. Soc., 23 mars 2005, *D.* 2005, p. 1758.

GATUMEL D.,

- Obs. sous Cass. Soc., 9 mars 1989, *JCP E* 1989, I, 15578.

GAURIAU B.,

- Chron. sous Cass. QPC, 18 juin 2010, *JCP S* 2010, 1354.
- Chron. sous Cass. QPC, 8 juillet 2010, *JCP S* 2010, 1354.
- Obs. sous Cass. Soc., 18 mai 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 734.
- Obs. sous Cass. Soc., 6 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 439.
- Obs. sous Cass. Soc., 30 avril 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 732.
- Obs. sous Cass. Soc., 17 décembre 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 334.
- Obs. sous Cass. Soc., 25 octobre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 110.

GAUTIER P.-Y.,

- Note sous Cass. Soc., 2 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3148.
- Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *RTD civ.* 2000, p. 592.
- Obs. sous Cass. Soc., 17 décembre 2004, *RTD civ.* 2005, p. 159.

GOASGUEN C.,

- Note sous Cass. Soc., 13 mars 2001, *SSL* 2001, n° 1055, p. 11.

GODARD O.,

- Cass. Soc., 11 décembre 1986, *JCP E* 1987, II, 14904.

GUILLOUET D.,

- Note sous TGI Lille, 21 janvier 2009, *JCP S* 2009, 1165.

GUIOMARD Fr.,

- Obs. sous Cass. Soc., 17 décembre 2004, *D.* 2005, p. 110.

HAMON L.,

- Note sous Cons. const., 11 juin 1963, n° 63-5 FNR, *D.* 1964, p. 109.

HAUSER J.,

- Note sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *RTD civ.* 1999, p. 358.

HUYETTE M.,

- Note sous Cass. Civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2003, *D.* 2004, p. 906.

JEAMMAUD A.,

- Note sous Cass. mixte, 10 avril 1998, *D.* 1998, p. 389.

- Obs. sous Cass. Soc., 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 267.

- Obs. sous Cass. Soc., 26 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 567.

JULIEN M.,

- Note sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *D.* 2004, p. 1761.

KELLER M.,

- Note sous Cass. Soc., 5 avril 1995, *D.* 1995, p. 503.

KERBOUC'H J.-Y.,

- Note sous Cass. Soc., 4 mars 2009, *JCP S* 2009, 1273.

LANDAIS C. et LENICA F.,

- Note sous CE, 11 mai 2004, *AJDA* 2004, p. 1183.

LANGLOIS Ph.,

- Obs. sous Cass. Soc., 27 avril 1982, *D.* 1983, IR, 359.

LARDY-PÉLISSIER B.,

- Note sous Cass. Soc., 21 janvier 2004, *Dr. ouvrier* 2004, p. 222.

- Note sous Cass. Soc., 28 février 2006, *RTD* 2006, p. 23

LAULOM S.,

- Note sous CJCE, 18 décembre 2007, aff. 341/05, Laval, *SSL* 7 janvier 2008, n° 1335.

LEBORGNE-INGELAERE C.,

- Étude sous Cass. Soc., 3 février 2010, *JCP S* 2010, 1125.

LE BRIS R.-F.,

- Note sous Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC, *AJDA* 1983, p. 619.

LECLERC A.,

- Obs. sous Cass. Soc., 2 février 2006, *RDT* 2006, p. 42.

LEFRANC-HARMONIAUX C.,

- Note sous Cass. Soc., 13 avril 2005, *D.* 2005, p. 1978.

LHERNOULD J.-Ph.,

- Chron. sous CA Paris, 6 juillet 2007, *RJS* 8-9/07, n° 982.

- Note sous CJCE, 3 avril 2008, aff. 346/06, Rüffert, *RJS* 7/08, p. 601.

LYON-CAEN A.,

- Note sous Cass. Soc., 25 février 1992, *D.* 1992, somm. p. 294.

- Obs. sous Cass. Soc., 25 février 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 573.

- Obs. sous Cass. Soc., 29 octobre 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1013.

- Obs. sous Cass. Soc., 28 février 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 445.

LYON-CAEN G.,

- Chron. sous Cass. Soc., 5 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 487.

- Note sous Cass. Soc., 21 janvier 2004, *SSL* 2 février 2004, n° 1154.

LYON-CAEN P.,

- Avis sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 814.

- Concl. sous Cass. Soc., 9 mai 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 953.

- Concl. sous Cass. Soc., 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049.

- Concl. sous Cass. Soc., 3 décembre 1996, *RJS* 1/97, n° 24.

- Concl. sous Cass. Soc., 23 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 852.

MARGUÉNAUD J.-P. et MOULY J.,

- Note sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *D.* 1999, p. 645

MATHIEU B.,

- Note sous Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Dr. ouvrier* 2002, p. 44.

- Note sous Cons. Const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *D.* 2003, p. 638.

MATHIEU-GÉNIAUT CH.,

- Obs. sous Cass. Soc., 26 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 848.

MAZEAUD A.,

- Obs. sous Cass. Soc., 18 juin 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 978.

MAZUYER E.,

- Note sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *JCP G* 2003, II, 10138.

MERLIN J.,

- Rapp. sous Cass. Soc., 10 avril 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 565.

MESTRE J.,

- Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 mars 1998, *RTD civ.* 1999, p. 377.

MEYER Fr.,

- Note sous Cass. Soc., 28 février 2002, *Dr. ouvrier* 2002, p. 166.

MILET L.,

- Chron. sous CA Paris, 6 juillet 2007, *Dr. ouvrier* 2007, p. 504.

MINÉ M.,

- Note sous Cass. Soc., 29 juin 2005, *JCP E* 2005, p. 2169.

- Note sous Cass. Soc., 21 juin 2006, *D.* 2006, p. 2831.

MINETTE E.,

- Note sous Cass. Soc., 21 juin 2006, *RPDS* 2006, p. 405.

MOIZARD N.,

- Chron. sous CJCE, 3 avril 2008, aff. 346/06, Rüffert, *Dr. soc.* 2008, p. 866.

MORIN M.-L.,

- Obs. sous Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 25.

MORVAN P.,

- Note sous CA Paris, 6 juillet 2007, *JCP S* 2007, 1565.

MOULY J.,

- Obs. sous Cass. Soc., 4 janvier 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 550

- Obs. sous Cass. Soc., 9 janvier 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 441

- Obs. sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 90.

MOUSSY P.,

- Note sous Cass. Soc., 10 juillet 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 457.

NADAL S.,

- Obs. sous Cass. Soc., 24 mai 2006, *RDT* 2006, p. 403.

OLIVIER J.-M.,

- Note sous Cass. Soc., 2 février 2006, *JCP S* 2006, 1700.

PANSIER Fr.-J.,

- Note sous Ass. plén., 8 décembre 2000, *Gaz. Pal.* 2001, n° 45, p. 8.

- Obs. sous Cass. Soc., 4 janvier 2000, *CSB* 2000, A. 12, p. 456.

- Obs. sous Cass. Soc., 19 janvier 2005, *CSB* 2005, A. 28.

- PÉLISSIER J.,
- Note sous Cass. Soc., 11 janvier 2006, *D.* 2006, p. 1013.
- PERRIN L.,
- Obs. sous Cass. Soc., 3 mars 2010, *D.* 2010, p. 703.
- PESKINE E.,
- Obs. sous Cass. Soc., 19 mars 2003, *D.* 2004, p. 384.
- PIGNARRE G.,
- Note sous Cass. Soc., 4 juin 2009, *RDT* 2009, p. 524.
- Obs. sous Cass. Soc., 15 mars 2006, *RDT* 2006, p. 35.
- PRADA-BORDENAVE E.,
- Concl. sous CE Ass., 3 mars 2004, *Dr. ouvrier* 2004, p. 206.
- PRÉTOT X.,
- Chron. sous Cons. const., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, *TPS* 1997, p. 1.
- Note sous CE, 12 novembre 1990, *AJDA* 1991, p. 484.
- Note sous Cass. Soc., 16 décembre 1992, *D.* 1993, p. 334.
- Obs. sous Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Dr. soc.* 1989, p. 627.
- Obs. sous Cass. Soc., 25 septembre 1991, *AJDA* 1992, p. 94.
- Obs. sous Cons. Const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *Dr. soc.* 1997, p. 476.
- Obs. sous Cass. Soc., 19 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1022.
- Obs. sous Cons. Const., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Dr. soc.* 2003, p. 260.
- PUIGELIER C.,
- Note sous Cass. Soc., 27 mars 2001, *JCP E* 2001, p. 1634.
- RADÉ Ch.,
- Chron. sous Cass. Soc., 3 juin 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 930.
- Obs. sous Cass. Soc., 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381.
- Obs. sous Cass. Soc., 27 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 514.
- Obs. sous Cass. Soc., 10 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 889.
- Obs. sous Cass. Soc., 21 juin 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 826.
- Chron. sous Cass. Soc., 29 avril 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 776.
- RAY J.-E.,
- Obs. sous Cass. Soc., 17 octobre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 1094.
- Obs. sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 287.
- Obs. sous Cass. Soc., 16 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 776.
- Obs. sous Cass. Soc., 11 janvier 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 138.
- RAYNOUARD A.,
- Note sous Cass. Soc., 2 octobre 2001, *Defrénois* 2002, p. 1407.
- RÉMY P.,
- Note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2000, *JCP G* 2001, II, 10585.
- RICHARD DE LA TOUR J.,
- Note sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *RJS* 1999, p. 94.
- RIPERT G.,
- Civ., 27 février 1929, *DP* 1929, I, p. 129.
- ROY-LOUSTAUNAU R.,
- Obs. sous Cass. Soc., 29 septembre 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 1138.
- Obs. sous Cass. Soc., 28 juin 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 640.
- SAINT-JOURS Y.,
- Note sous Cass. Soc., 8 octobre 1987, *D.* 1988, p. 57.

SARAMITO F. et DE SENG A.,

- Note sous CE, 27 juillet 2001, *Fédération des transports FO, Dr. ouvrier* 2002, p. 211.

SARGOS P.,

- Note sous Cass. Soc., 28 février 2006, *JCP S* 2006, 1278.

- Rapp. sous Cass. Soc., 9 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3470.

SAVATIER J.,

- Obs. sous Ass. plén., 6 février 1976, *Dr. soc.* 1976, p. 472.

- Obs. sous Cass. Soc., 15 février 1984, *Dr. soc.* 1984, p. 692.

- Obs. sous Cass. Soc., 8 octobre 1987, *Dr. soc.* 1988, p. 141.

- Obs. sous Cass. Soc., 4 avril 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 803.

- Obs. sous Cass. Soc., 17 avril 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 485.

- Obs. sous Cass. Soc., 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 25.

- Obs. sous Cass. Soc., 6 novembre 1991, *JCP* 1992, II, 21806.

- Obs. sous Cass. Soc., 12 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 651.

- Obs. sous Cass. Soc., 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049.

- Obs. sous Cass. Soc., 21 janvier 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 347.

- Obs. sous Cass. Soc., 12 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 430.

- Obs. sous Cass. Soc., 2 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 799.

- Obs. sous Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1037.

- Obs. sous Cass. Soc., 9 avril 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 665.

- Obs. sous Cass. Soc., 25 février 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 629.

- Obs. sous Cass. Soc., 3 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 884.

- Obs. sous Cass. Soc., 22 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 433.

- Obs. sous Cass. Soc., 17 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 323.

- Obs. sous Cass. Soc., 12 janvier 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 479.

- Obs. sous Soc. 1^{er} juin 2005, *Dr. soc.* 2005, p. 925.

- Obs. sous 30 septembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 102.

- Obs. sous Cass. Soc., 23 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 126.

SÉRIAUX A.,

- Note sous Cass. Soc., 17 avril 1991, *JCP* 1991, II, 21724.

SERRA Y.,

- Note sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2491.

SERRET J.-J.,

- Note sous Cass. Soc., 23 septembre 1992, *JCP E* 1993, II, 430.

STREBELLE G.,

- Note sous Cass. Soc., 28 février 2002, *JCP E* 2002, p. 643.

TEYSSIÉ B.,

- Obs. sous Cass. Soc., 17 juillet et 8 octobre 1996, *JCP E* 1997, I, 4006, n° 1, p. 109.

THOUVENIN D.,

- Note sous Cass. Soc., 9 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3470.

VACHET G.,

- Note sous Cass. Soc., 17 mai 2006, *JCP S* 2006, 1536.

- Note sous Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *JCP S* 2010, 1361.

VATINET R.,

- Note sous CE, 19 octobre 2005, *JCP S* 2005, 1317.

- Obs. sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 954.

VEAUX D.,

- Note sous Montpellier, 26 mai 1997, *JCP* 1998, II, 10070.

VERDIER J.-M.,

- Chron. sous Cass. Soc., 10 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 1035.
- Cass. Soc., 3 décembre 2002, *Dr. soc.* 2003, p. 298.

VÉRICEL M.,

- Note sous Cass. Soc., 3 juin 2003, *JCP G* 2003, II, 10165.
- Obs. sous Cass. Soc., 15 mars 2006, *RDT* 2006, p. 96.

VERKINDT P.-Y.,

- Chron. sous Cass. Soc., 3 juin 2009, *JCP S* 2007, Actu. 41.
- Note sous Cass. Soc., 23 mars 2005, *TPS* 2005, comm. 172.
- Note sous Cass. Soc., 6 juin 2007, *JCP S* 2007, 1584.
- Note sous Cass. Soc., 28 janvier 2009, *JCP S* 2009, 1226.

WAQUET Ph.,

- Obs. sous Cass. Soc., 5 avril 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 482.
- Obs. sous Cass. Soc., 20 octobre 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 1045.
- Obs. sous Cass. Soc., 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p.1024.
- Obs. sous Cass. Soc., 9 décembre 2003, *Dr. soc.* 2004, p. 313.
- Rapp. sous Cass. Soc., 3 décembre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 18.
- Rapp. sous Cass. Soc., 20 janvier 1998, *JCP E* 1998, p. 564.

TABLE DES MATIÈRES
(Les chiffres renvoient aux pages)

INTRODUCTION.....	8
Première partie.....	24
La variabilité des modes d'élaboration du droit travail.....	24
Titre 1.....	27
La variabilité du droit imposé.....	27
Chapitre 1.....	29
Une loi réglementarisée ou un règlement légiférant ?.....	29
Section 1.....	31
Des textes réglementaires « en forme législative ».....	31
§ 1. La loi dans le domaine réglementaire.....	31
A. Un domaine législatif extensible.....	32
B. Un contrôle souple de l'empiètement législatif.....	35
§ 2. La loi dans le style réglementaire.....	39
A. La variabilité du caractère général.....	39
B. La variabilité du caractère abstrait.....	44
Section 2.....	48
Des textes réglementaires « à valeur législative ».....	48
§ 1. Les décrets et arrêtés ordinaires.....	48
§ 2. Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution.....	51
A. Une valeur d'ordre procédural.....	51
B. Une valeur d'ordre substantiel.....	53
Chapitre 2.....	64
Une loi interprétée ou une interprétation légiférante ?.....	64
Section 1.....	67
Une variabilité au nom de la sécurité juridique.....	67
§ 1. De l'interprétation à la formulation.....	68
A. L'énoncé de dispositions générales.....	68
B. L'instrumentalisation des techniques juridiques.....	73
§ 2. De l'interprétation à la diffusion.....	78
Section 2.....	82
Une variabilité au prix de la sécurité juridique.....	82
§ 1. Le principe de rétroactivité.....	83
§ 2. L'exception à la rétroactivité.....	88
Titre 2.....	95
La variabilité du droit négocié.....	95
Chapitre 1.....	97
La loi et la négociation collective.....	97
Section 1.....	98
Les procédés variables d'association.....	98
§ 1. Une loi négociée.....	99
A. Une négociation antélégislative.....	99
B. Une négociation postlégislative.....	101
§ 2. Un dialogue légiférant.....	105
A. Un dialogue variable.....	105
B. Un dialogue à stabiliser.....	108
Section 2.....	111
Les incidences sur la nature de la règle.....	111
§ 1. Quant à la transcription de la règle.....	111
A. Lors de la transcription totale.....	111
B. Lors de la transcription partielle.....	114
§ 2. Quant à l'auteur de la règle.....	116
A. La représentation.....	117

B. La représentativité.....	119
Chapitre 2.....	122
La loi et la négociation individuelle.....	122
Section 1.....	124
Un contrat légalement déterminé.....	124
§ 1. Un contrat venu de la loi.....	124
A. Un contrat imposé par la loi.....	124
B. Un contrat dicté par la loi.....	127
§ 2. Une loi devenue contrat.....	130
A. Une vocation contractuelle.....	130
B. Une appropriation contractuelle.....	132
Section 2.....	136
Un contrat légalement indéterminable.....	136
§ 1. Une relation de travail ou un contrat de travail ?.....	136
A. Du louage de services au contrat de travail.....	137
B. Du contrat de travail au rapport d'emploi.....	139
§ 2. Un contrat commutatif ou un contrat aléatoire ?.....	141
A. Un aléa objectif.....	143
B. Un aléa subjectif.....	147
Seconde partie.....	155
La variabilité des modes d'application du droit du travail.....	155
Titre 1.....	158
Une articulation hiérarchique.....	158
Chapitre 1.....	160
La variabilité de l'effet impératif.....	160
Section 1.....	161
L'impérativité légale.....	161
§ 1. Rétractation de l'ordre public.....	164
A. Une présence réduite.....	167
B. Une appartenance réductrice.....	173
§ 2. Renouvellement de l'ordre public.....	178
A. La défense de l'État.....	179
B. La défense de la morale.....	181
C. La défense de la famille.....	184
Section 2.....	187
L'impérativité conventionnelle.....	187
§ 1. L'impérativité entre les conventions et accords collectifs.....	188
A. L'impérativité déterminée par le législateur.....	189
B. L'impérativité déterminée par les partenaires sociaux.....	190
§ 2. L'impérativité des conventions collectives à l'égard du contrat de travail.....	192
Chapitre 2.....	196
La variabilité de l'effet supplétif.....	196
Section 1.....	201
Le principe de faveur : une règle supplétive au sens favorable.....	201
§ 1. Une variabilité de nature.....	201
A. Principe fondamental ou général ?.....	202
B. Principe ou règle supplétive ?.....	207
§ 2. Variabilité de régime : entre comparaisons analytique et globale.....	209
Section 2.....	213
La dérogation : une règle supplétive au sens indifférent.....	213
§ 1. Un sens faussement péjoratif.....	214
§ 2. Un caractère supplétif réattribué.....	216
Titre 2.....	222
Une articulation « locale ».....	222
Chapitre 1.....	229
Un processus de financiarisation.....	229
Section 1.....	230
La financiarisation de l'entreprise.....	230

§ 1. La dématérialisation de la force de travail.....	230
A. Conditions variables d'emploi.....	230
B. Conditions variables de travail.....	233
§ 2. La dématérialisation de l'outil de production.....	237
A. Une entité variablement économique.....	238
B. Une entité variablement sociale.....	240
Section 2.....	242
La financiarisation du salarié.....	242
§ 1. Un actionnariat variablement collectif.....	243
A. Quant aux salariés bénéficiaires.....	243
B. Quant aux entreprises assujetties.....	247
§ 2. Un actionnariat variablement contraignant.....	248
A. Quant à l'investissement des salariés associés.....	249
B. Quant à la représentation des salariés associés.....	250
Chapitre 2.....	253
Un processus de responsabilisation.....	253
Section 1.....	255
Une responsabilisation matérielle.....	255
§ 1. La responsabilisation de l'employeur.....	257
A. L'employeur garant de la sécurité au travail.....	258
B. L'employeur garant de la sécurité de l'emploi.....	261
§ 2 La responsabilisation du salarié.....	267
A. Le salarié garant de la qualité de son travail.....	267
B. Le salarié garant de son maintien dans l'emploi.....	270
Section 2.....	274
Une responsabilisation formelle.....	274
§ 1 La responsabilisation de l'entreprise.....	274
A. Les codes de bonne conduite ou chartes éthique.....	275
B. Les accords collectifs transnationaux.....	277
§ 2 La responsabilisation de l'État.....	280
A. De lege lata.....	280
B. De lege ferenda.....	285
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	293

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIÈRES

INDEX ALPHABÉTIQUE

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux pages)

Accord national interprofessionnel.....	58, 98, 109, 112, 141, 266
accords dérogatoires.....	214, 215, 216, 217
accords transnationaux.....	278, 288
actionnariat.....	57, 242, 243, 248
aléa.....	20, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150
article 34 de la Constitution.....	104, 202
clause de mobilité.....	184
clause de variabilité.....	15
Conseil constitutionnel.....	32, 34, 49, 52, 57, 62, 98, 102, 108, 109, 115, 202, 203
Conseil d'État.....	31, 37, 46, 50, 59, 62, 65, 86, 101, 167, 168, 169, 172, 176, 202, 209, 256, 281
contrat de travail.....	15, 42, 65, 69, 70, 71, 74, 87, 96, 122, 123, 126, 132, 137, 138, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 153, 158, 161, 168, 171, 173, 182, 184, 188, 192, 194, 195, 209, 232, 233, 234, 235, 236, 243, 244, 245, 255, 258, 259, 262
contrat de travail.....	
contrat commutatif.....	136, 141, 143, 147, 149
contrat d'adhésion.....	132
contrat de louage de services.....	137, 152
contrat première embauche.....	40, 45, 53
mise à disposition.....	125, 129, 233
modification du contrat.....	75, 129, 149, 163, 194, 234
Cour européenne des Droits de l'Homme.....	282, 283
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.....	33, 115
dialogue social.....	98, 106, 108, 171, 190, 277
droit à l'emploi.....	18, 32, 34, 39, 108, 125, 139, 146, 149, 152, 170, 175, 182, 200, 210, 211, 226, 227, 230, 231, 233, 237, 257, 259, 261, 262, 263, 264, 266, 270, 284
droit international.....	224, 288
lex sociala.....	288
Droit international.....	
Organisation internationale du travail.....	281, 282, 285, 288
État.....	21, 22, 27, 50, 97, 107, 109, 122, 153, 165, 166, 167, 168, 171, 173, 175, 178, 179, 180, 181, 224, 233, 274, 279, 280, 281, 284, 285, 291
flexibilité.....	18, 234, 253
formation.....	89, 99, 101, 108, 109, 114, 142, 147, 148, 151, 170, 189, 216, 231, 236, 260, 262, 266
glocalisation.....	286
grève.....	72
groupe de sociétés.....	229, 248, 264
hiérarchie des normes.....	55, 155, 158, 208
hygiène et sécurité.....	49, 256
intéressement.....	242, 243, 244, 245
jurisprudence.....	27, 36, 59, 64, 67, 80, 84, 87, 88, 91, 102, 142, 153, 156, 160, 161, 165, 170, 171, 173, 183, 188, 194, 201, 204, 211, 212, 234, 237, 244, 245, 257, 258, 263
jurisprudence.....	
rétroactivité.....	82, 83, 88

revirement.....	66, 82
loi.....	
caractère abstrait.....	44, 45
caractère général.....	39
claire, intelligible et accessible.....	52
interprétation de la loi.....	64
loi négociée.....	98, 99
mention informative.....	129
ordonnance.....	57, 61, 107, 217, 249, 258
ordre public....	160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 190, 203, 209, 215, 219, 220, 221, 286, 291
ordre public.....	
effet impératif.....	159, 160, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 291
ordre public de direction.....	166, 178
ordre public économique.....	165, 166, 175, 178
participation.....	57, 102, 109, 115, 146, 174, 242, 243, 244, 246, 250
principe de faveur.....	22, 200, 201, 202
comparaison des avantages.....	210, 211
principe général.....	34, 201, 202, 204, 205
principes fondamentaux.....	23, 32, 62, 72, 98, 102, 103, 107, 168, 202, 286
question prioritaire de constitutionnalité.....	51
reclassement.....	70, 139, 262, 263, 264
recodification.....	22, 37, 41, 52, 53, 56, 58, 60
règlement.....	27, 28, 29, 48, 52, 65, 116, 153, 156, 163
représentation.....	20, 53, 103, 117, 230, 250, 277
représentativité.....	119, 179, 180
sécurisation des parcours professionnels.....	114, 266
sécurité juridique.....	39, 66, 67, 82, 87, 90, 93, 165, 253
simplification du droit.....	22, 42, 49, 53
supplétivité.....	159, 196, 198, 200, 291
vie privée et familiale du salarié.....	183, 184

Résumé

L'étude de la variabilité du droit du travail consiste à mesurer la capacité de cette discipline à se transformer au gré des évolutions économiques, sociales et politiques. Dans cette matière, le législateur tente de répondre aux attentes de la société française, mais ses initiatives demeurent particulièrement impuissantes à atteindre le plein emploi. Dès les années 1980, il s'est vu reprocher des maux mettant en cause sa légitimité à équilibrer les rapports de force qui se manifestent au sein de la relation de travail. D'une manière générale, les modes d'élaboration de la règle sont dévoyés au prix d'un changement du rôle des acteurs : le gouvernement outrepassa son domaine de compétences, le juge s'aventure sur le terrain de la création des normes, quand le législateur n'incite pas lui-même les partenaires sociaux à négocier. Et le contrat de travail n'est pas non plus épargné par cette variabilité des modes de production normative.

La mise en œuvre des règles du droit du travail en est alors rendue difficile. Chaque acteur a la possibilité de faire varier le périmètre de l'ordre public. La hiérarchie classique des normes, déjà contrariée par l'apparition du principe de faveur, se trouve même renversée par la conclusion d'accords dits dérogatoires. À rebours d'un tel système pyramidal en perte de vitesse, prendrait place un autre système juridique prenant en compte les effets de la mondialisation de l'économie. Désormais, l'entreprise est davantage repensée dans sa dimension internationale, notamment sur le plan financier. Toutefois, une approche exclusivement globale est insuffisante à traduire la culture locale des entreprises. Une prise de conscience est par exemple apparue dans le sens d'une responsabilisation plus forte de l'employeur et de ses salariés, ainsi que de la part des États qui se voient incités à faire respecter les normes européennes et internationales. D'où la tentation de conceptualiser l'ordonnement des règles du droit du travail sous le vocable de « glocalisation ».

Abstract

The study of the variability of labour law consists of measuring the ability of this discipline to transform itself according to economic, social and political development. In this discipline, the legislator tries to meet the expectations of French society, but his initiatives remain particularly ineffectual to achieve full employment. From the 1980s, he was blamed for troubles questioning his legitimacy to balance the power struggle that occurs within the employment relationship. In general, rulemaking methods are lead astray causing a change of the role of the players: the government exceeds its field of expertise, the judge tries to create standards, in case the legislator himself does not encourage management and labour to negotiate. Work contract is not spared from this variability of norm making modes.

This makes the implementation of labour law rules difficult. Each player is in the position to modify the area of public policy. The conventional hierarchy of norms, already hindered by the appearance of the favour principle, is even overturned by the conclusion of so-called derogation agreements. Contrary to such a pyramid system in decline, another legal system would appear and consider the effects of economic globalization. From now on the company is more reconsidered in its international, and especially financial, dimension. However, an exclusively global approach is not sufficient to reflect the local corporate culture. Awareness appeared for example directed at a stronger liability of the employer and its employees, as well as the States who are encouraged to enforce European and international standards. Hence the temptation to conceptualize the marshalling of labour law rules under the term "glocalization".

Mots-clefs :

- Accords dérogatoires
- Actionnariat
- Contrat de travail
- Flexibilité
- Hiérarchie des normes
- Négociation collective
- Ordre public
- Principe de faveur
- Responsabilité sociale de l'entreprise
- Sécurité du salarié
- Sources du droit
- Supplétivité