



HAL
open science

Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans l'entreprise

Emmanuel Dockès

► **To cite this version:**

Emmanuel Dockès. Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans l'entreprise. Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siirainen. Droit économique et droits de l'homme, Larcier, pp.245-255, 2009, Droit/Economie international. hal-00439925

HAL Id: hal-00439925

<https://hal.science/hal-00439925>

Submitted on 9 Dec 2009

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.

Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans l'entreprise

Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense

- I. De l'essor à la dégénérescence
- II. Réactions doctrinales
- III. Le sens perdu

Les droits de l'homme sont beaux et fragiles. Beaux par la force des valeurs qu'ils portent. Fragiles par la généralité de leurs énoncés, qui ouvre la porte à bien des interprétations. Les défenseurs du pouvoir patronal se sont emparés de cette fragilité avec succès. Les droits de l'homme demeurent d'importantes protections mobilisables par les salariés dans l'entreprise. Mais ils sont aussi devenus des menaces pour l'ensemble des protections du droit du travail, lesquelles sont présentées comme autant de limitations aux droits fondamentaux des employeurs. Ce qui devait protéger les êtres humains contre les abus du pouvoir se retourne alors. Le pouvoir devenu droit fondamental, c'est la limitation du pouvoir qui est traitée comme une atteinte aux droits fondamentaux. Cette évolution étrange convainc de plus en plus, surtout au niveau de l'Union européenne. Et elle produit, déjà, quelques conséquences graves.

Un rapide rappel de l'histoire récente des droits de l'homme dans l'entreprise le montrera (I). Plusieurs réactions sont possibles (II), mais la plus simple est peut-être de rappeler le sens originel des droits de l'homme (III).

I. DE L'ESSOR À LA DÉGÉNÉRESCENCE

L'histoire des droits de l'homme dans l'entreprise est une histoire récente. Assez vite, des droits fondamentaux ont été reconnus aux salariés en tant que tels. Il s'agissait même d'un des objets principaux des droits de l'homme dits de deuxième génération, proclamés dans le préambule à la Constitution de 1946, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou encore dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Mais l'opposabilité des droits de l'homme dans l'entreprise est, elle, beaucoup plus récente. En France, elle a été inaugurée par le fameux arrêt *Corona* du 1^{er} février 1980¹, au sujet du contrôle du règlement intérieur. La loi du 4 août 1982 a entériné et précisé cette solution. La loi du 31 décembre 1992 l'a généralisée. L'article L. 1121-1 du Code du travail (ancien art. L. 120-2) dispose désormais : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Par ce texte, toute atteinte aux droits fondamentaux des personnes, par quelque biais que ce soit, peut être sanctionnée. La jurisprudence de la Cour de cassation en a tiré toutes sortes de condamnations. Ont ainsi été sanctionnées des atteintes à la vie privée², au libre choix du domicile³, au libre exercice d'une activité professionnelle⁴, à la liberté d'expression⁵, au droit à la santé⁶, etc.

¹ C.E., 1^{er} février 1980, *Peintures Corona*, *Dr. soc.* 1980. 410, concl. A. BACQUET.

² Voy. not. Cass. fr., ch. soc., 2 octobre 2001, *Nikon*, *Bull. civ.*, V, n° 291 ; *Dr. soc.*, 2001, 915, note J.-E. RAY ; Cass. fr., ch. soc., 13 janvier 2009, pourvoi, n° 06-45562, P. ; *Adde* Ch. MATHIEU-GÉNIAUT, *La vie personnelle du salarié*, thèse Lyon 2, 2004 ; Cass. fr., ch. soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-45562, P., O. DE TISSOT, « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.*, 1995, p. 222.

³ Voy. not. Cass. fr., ch. soc., 12 janvier 1999, *Bull. civ.*, V, n° 7.

⁴ Voy. not. Cass. fr., ch. soc., 10 juillet 2002, *Barbier*, *Grands arrêts*, n° 46 ; *Bull. civ.*, V, n° 239, 2^e espèce n° 2724 ; *D.*, 2002. 2491, note Y. SERRA ; *D.*, 2002. Somm. 3111, obs. J. PÉLISSIER ; *Dr. soc.*, 2002. 954, obs. R. VATINET.

⁵ Voy. not. Cass. fr., ch. soc., 2 mai 2001, n° de pourvoi : 98-45532, P.

⁶ Voy. not. Cass. fr., ch. soc., 28 février 2006, *Bull. civ.*, V, n° 87 ; *RDT*, 2006. 23, note B. LARDY-PÉLISSIER ; *Dr. soc.*, 2006, pp. 514-517, obs. J. SAVATIER ; *Dr. soc.*, 2006, 661, obs. S. BOURGEOT et M. BLATMAN.

Dans toutes ces espèces, il s'agissait de protéger l'individu salarié. Ce qui limitait traditionnellement les pouvoirs publics était ainsi transposé aux pouvoirs économiques⁷. Dans un champ comme dans l'autre, les droits de l'homme restaient compris comme des protections accordées aux personnes face aux possibles excès du pouvoir. Cette essence protectrice des droits de l'homme avait, au demeurant, été reconnue et systématisée par la plupart des auteurs, de Siéyès⁸ à Bobbio⁹ en passant par Benjamin Constant¹⁰. On la croyait inébranlable. Elle est pourtant menacée.

L'idée est en effet venue d'user de la problématique des droits de l'homme non plus comme une protection contre un pouvoir subi, mais dans l'objectif de renforcer ou de protéger un pouvoir constitué. Cette stratégie n'a pas été totalement dénuée de séduction sur les juridictions françaises. Le Conseil constitutionnel a invalidé une loi limitant le droit de licencier de l'employeur, au nom de la liberté d'entreprendre¹¹. Et le pouvoir de direction de l'employeur a pu être présenté par la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 juillet 2004, comme découlant directement de cette même liberté d'entreprendre¹². Ce dernier arrêt est cependant resté isolé et le glissement du Conseil constitutionnel n'a eu que des effets relativement modérés. Les dérives les plus inquiétantes, de loin, sont issues de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par ses très célèbres arrêts *Viking* et *Laval*¹³, la

⁷ Sur l'importance d'une prise en compte par le droit des pouvoirs privés et en particulier des pouvoirs économiques, voy. not. Gérard FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Voies du droit, 2004.

⁸ E. SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution – Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789, p. 23.

⁹ N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milan, Franco Angeli, 4^e éd. 1991, trad. fr. N. GIOVANNINI, Paris, Éd. du Cerf, 1996.

¹⁰ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, discours prononcé à l'Athénée royal de Paris, en 1819.

¹¹ Cons. const. n° 2001-455 DC, du 12 janvier 2002, spéc. pt 46 et sur cette décision, les commentaires d'A. LYON-CAEN, *Dr. soc.*, 2002. 258 et de X. PRÉTOT, *Dr. soc.*, 2002. 244.

¹² Cass. fr., ch. soc., 13 juillet 2004, *Carrefour*, *Dr. soc.*, 2004. 1026; *Dr. ouvrier*, 2005. 1, note E. DOCKÈS.

¹³ CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438-05, *Viking*; CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341-05, *Laval*. Ces deux arrêts comptent parmi les arrêts les plus commentés de l'histoire de la CJCE. Parmi de très nombreux commentaires, en langue française,

Cour condamne l'exercice du droit de grève au nom des libertés fondamentales de l'employeur. Dans l'arrêt *Viking*, la grève s'analyse comme une restriction injustifiée au libre choix du pavillon, lequel découle de la liberté d'établissement¹⁴. Dans l'arrêt *Laval*, il s'agit d'une restriction injustifiée à la libre prestation de services¹⁵. Dans ces affaires, non seulement les employeurs ont invoqué efficacement leurs droits fondamentaux contre leurs subordonnés pour sacrifier leur pouvoir, mais ils ont réussi, par ce biais, à prohiber l'exercice par les salariés d'un droit fondamental. Par des raisonnements similaires, la Cour de justice de l'Union a encore pu condamner des États pour avoir voulu faire appliquer leur droit du travail aux salariés détachés travaillant sur leur sol. Cette fois, ce sont des limitations du pouvoir, qui ont été jugées contraires aux droits fondamentaux des chefs d'entreprise¹⁶.

En plus de leur rôle de protection des personnes contre les empiétements du pouvoir, les droits fondamentaux se voient ainsi chargés de protéger le pouvoir contre les personnes qui lui sont soumises. Siéyès disait, à propos des droits de l'homme : « l'acte par lequel le fort tient le faible sous son joug, ne peut jamais devenir un droit »¹⁷. Ce mot est directement contredit par la jurisprudence récente. Pareil retournement peut susciter un brin d'effroi. Il peut aussi susciter plusieurs réactions doctrinales.

voy. encore, dernièrement, M. BONNECHÈRE, *Dr. ouvrier*, 2008, pp. 552-562; P. CHAUMETTE, *Dr. soc.*, 2008, pp. 210-220; N. MOIZARD; E. LAFUMA, *RJS*, 3/08, p. 179; H. TISSANDIER, *RJS*, 3/08, p. 182; E. DOCKÈS, *RDT*, 3/09, pp. 145-150; et en langue anglaise C. BARNARD, Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Papers Series n° 5/2008, s. 29; C. JOERGES et F. RÖDL, *European Law Journal*, vol. 15, No. 1, January 2009, pp. 1-19.

¹⁴ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, préc.

¹⁵ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, préc.

¹⁶ CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346-06, *Rüffert*, *AJDA*, 2008, p. 240, obs. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT; *RDT*, 2008, p. 412, obs. F. JAULT-SESEKE; *D.*, 2008. Pan. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT; CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319-06, *Luxembourg*, *D.*, 2008. Pan. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT. Sur ces arrêts, voy. aussi, E. DOCKÈS, *RDT*, 3/09, pp. 145-150.

¹⁷ E. SIEYÈS, *Préliminaire de la Constitution, Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789, p. 23; rééd. in *Essai sur les privilèges et autres textes*, préface P.-Y. QUIVIGER, Paris, Dalloz, 2007.

II. RÉACTIONS DOCTRINALES

L'ambivalence nouvelle des droits de l'homme s'intègre dans des discours possibles divers, parfois contradictoires.

Le premier, éventuellement teinté de réalisme ou de scepticisme, tire argument de cette évolution pour affirmer que les énoncés abstraits que sont les droits de l'homme n'ont guère de signification en eux-mêmes. Il est effectivement facile de remarquer que tout et son contraire est dit en leur nom. Et l'observateur habitué à la manipulation des énoncés juridiques pourrait facilement se laisser tenter par ce découragement. Au demeurant, ce n'est pas la première fois que des droits de l'homme sont mobilisés pour prohiber la limitation du pouvoir ou la résistance au pouvoir. Entre 1905, date de l'arrêt *Lochner*, et 1937, la Cour suprême des États-Unis a invalidé au nom de la liberté de contracter plus de deux cents lois sociales qui tentaient d'imposer des limites à la durée du travail, des régimes de responsabilité sans faute en matière d'accident du travail ou bien encore des salaires minimaux¹⁸. Cette jurisprudence *Lochner* bloqua ainsi l'avènement d'un droit social aux États-Unis pendant plusieurs décennies. Sa résurgence montante au sein de la Cour de justice de l'Union incite à ne plus voir dans les énoncés juridiques qu'un très vague cadre, assez peu contraignant, au sein duquel les juges peuvent exprimer assez librement leurs idéologies¹⁹.

Une deuxième réaction possible est à craindre. La jurisprudence *Lochner* fut en France un argument central pour réactiver la crainte d'un gouvernement des juges et défendre la limitation du pouvoir judiciaire en général et du contrôle de constitutionnalité en particulier. Cette position fut notamment défendue, avec une grande force de conviction, par Édouard Lambert et Jacques Maury²⁰. L'ancienneté de l'abandon de la jurisprudence *Lochner* et la croyance un peu naïve en un sens de l'Histoire ont contribué à l'apaisement des esprits. Et c'est sans

¹⁸ Cette jurisprudence a duré de l'arrêt *Lochner*, 198 U.S. 45 (1905) jusqu'à l'arrêt *West coast Hotel c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹⁹ Voy. not. Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997.

²⁰ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, réed. Dalloz, 2005; J. MAURY: «Les Droits individuels et la loi, l'exception d'inconstitutionnalité», in *Les Garanties des libertés individuelles*, Toulouse, 1933.

crainte que les défenseurs de l'idée démocratique sont aussi devenus des défenseurs de l'indépendance et de la force du pouvoir judiciaire, au nom de la nécessaire séparation des pouvoirs. La jurisprudence européenne récente démontre cependant que le pire est redevenu possible. Et, déjà, la crainte d'un retour du gouvernement des juges s'exprime ici ou là²¹. La saisine du Conseil constitutionnel par voie d'exception, par tout citoyen, désormais prévue par l'article 61-1 de la Constitution²² et qui n'attend qu'une loi organique pour entrer en vigueur, pourrait, sous cet angle, apparaître inquiétante.

Une troisième réaction doctrinale consiste à mettre un peu d'ordre dans le chaos qu'est devenue la problématique des droits fondamentaux²³. Tous les droits n'y sont pas à mettre sur le même plan et un minimum de typologie s'impose. Il pourrait ainsi être argué, dans ce cadre, de ce que les libertés économiques du Traité CE, comme la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ne sont pas à proprement parler des droits de l'homme et qu'elles ne sauraient, en principe, justifier des restrictions à ces droits. Cette argumentation est cependant rejetée par la jurisprudence européenne, la Cour de justice allant même jusqu'à dire l'inverse : les libertés économiques sont traitées comme supérieures aux droits de l'homme. Il est admis que ces derniers peuvent être de possibles justifications à la restriction des libertés économique du Traité, mais c'est à la condition que cette restriction apparaisse nécessaire et proportionnée²⁴.

²¹ Voy. cependant Jean-Jacques SUEUR, *supra* p. 133-138, qui voit le « gouvernement des juges » et même leur « jurisprudence (constituante ?) » sous un œil plutôt favorable.

²² Art. 46-1 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

²³ Voy. not. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chron., 323 ; « Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, 2007, n° 1, p. 19, in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 441 ; I. MEYRAT, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier*, juillet 2002, p. 343.

²⁴ En ce sens, voy. *Laval*, préc. pt 102 et *Viking*, préc. pt 84. Dans le même sens, voy. aussi CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319-06, *Luxembourg*, *D.*, 2008. Pan. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT, pt 52. *Adde*, voy. déjà, CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, *AJDA*, 2005, p. 152, qui admet une restriction à la libre prestation de services au nom de la dignité humaine, mais qui note « des mesures restrictives de la libre prestation des services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public

Une quatrième et dernière réaction semble possible. Elle est moins fréquente. Elle apparaît pourtant cruciale. Elle consiste à retrouver le sens originel des droits de l'homme.

III. LE SENS PERDU

Imaginons un Louis XVI rhéteur, qui, en 1789, aurait décidé d'user et d'abuser des plaisirs de l'argumentation. Il rappelle que son pouvoir absolu sur le Royaume et sur ses sujets est son droit, et que ce droit est un droit de propriété (ce qui se défend tout à fait, à l'époque, selon le droit de l'Ancien Régime). Il note que le droit de propriété est un droit de l'homme. Il en conclut que ce serait porter atteinte aux droits de l'homme que de vouloir limiter le pouvoir royal.

Pareille argumentation imaginaire provoque une sensation d'absurde. Elle n'est pourtant guère éloignée des arguments défendus au soutien du pouvoir patronal. Les chefs d'entreprise actuels, conseillés par d'habiles avocats, ressemblent à notre Roi rhéteur. Sans que la sensation d'absurde soit, cette fois, très partagée. Pourtant, pas plus qu'ils n'étaient faits pour défendre le pouvoir royal, les droits de l'homme n'ont pour objet de sacraliser le pouvoir patronal. Et ceci vaut pour le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, proclamés par la Révolution française, comme pour les libertés d'établissement et de prestation de services issues du Traité de Rome de 1957.

La propriété révolutionnaire intégrée dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 est fille du libéralisme du XVIII^e siècle. Elle est comprise d'abord comme le droit que chaque personne a sur elle-même, comme l'effet et le moyen de l'indépendance des individus²⁵. Ceci

que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives». Pareille nécessité fut en l'espèce prouvée. Elle ne le fut pas pour l'exercice du droit de grève dans les arrêts *Viking* et *Laval*. Sur cette évolution, voy. not. V. CHAMPEIL-DESPLATS [2007] préc.

²⁵ Voy. not. J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government* (Second traité du gouvernement civil), Londres 1690, 6^e éd. 1764, Chap. V, sec. 44: «*man, by being master of himself, and proprietor of his own person, and the actions or labour of it, had still in himself the great foundation of property; and that, which made up the great part of what he applied to the support or comfort of his being, [...], was perfectly his own, and did not belong in common to others*» (l'homme, parce qu'il était le maître et

apparaît avec une singulière clarté lorsque la proclamation du droit de propriété est confrontée à l'abolition contemporaine des privilèges et des droits féodaux²⁶. Lors de la déclaration du 26 août 1789, ce n'est pas « la » propriété mais « les » propriétés qui sont considérées comme inaliénables et sacrées. Ce pluriel faisait référence, au moins dans l'esprit de certains des constituants, au nécessaire maintien de certains des droits féodaux, comme les dîmes par exemple. L'abolition des droits féodaux dans la nuit du 4 août 1789 présentait la même ambiguïté en affirmant que certains de ces droits féodaux n'étaient pas purement et simplement abolis, mais étaient simplement rachetables. Il faudra attendre le 8 août 1791 pour que le singulier soit rétabli dans la Déclaration et la loi du 17 juillet 1793 et pour que l'abolition de tous les droits féodaux, sans indemnité d'aucune sorte, soit effective. Ce sont ces deux réformes qui ont achevé de donner tout son sens à la propriété instituée en droit de l'homme. Propriété exclusive, libératrice, son projet est de libérer l'agriculteur propriétaire, des droits féodaux qui grevaient son fonds. Pour ce faire, les droits par lesquels l'individu assure son autonomie sont dits « inviolables et sacrés ». À l'inverse, les droits par lesquels une personne en asservit une autre sont qualifiés de « féodaux » et, comme tels, ils sont purement et simplement abrogés. C'est ce droit de propriété, compris comme moyen de la liberté et de l'autonomie, qui a pu être maintenu au sein des déclarations plus récentes, plus « sociales », comme la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, le premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme du 20 mars 1952 ou la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000.

L'apparition de la liberté d'entreprendre, contemporaine elle aussi de la Révolution française, a suivi la même logique. La liberté d'entreprendre, proclamée par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791²⁷, abolit

le propriétaire de sa propre personne et des actions ou du travail de celle-ci, avait déjà en lui-même le grand fondement de la propriété; ce qu'il s'appliquait à produire pour le soutien ou le confort de son être, [...], lui appartenait en propre et n'appartenait pas aux autres en commun).

²⁶ Sur cette histoire mouvementée qui a donné son sens actuel à la propriété droit de l'homme, voy. not. J. BART, *Histoire du droit privé*, Paris, Montchrestien, 1998 et J. MORANGE, « La déclaration et le droit de propriété », *Droits*, 1998, p. 103.

²⁷ Art. 7 du décret d'Allarde: « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

les corporations en suivant le modèle de l'abolition des privilèges²⁸. Il a pour objet de permettre aux anciens compagnons, de se mettre librement à leur compte, et de se libérer ainsi de leurs anciens maîtres. Elle est une liberté proclamée, contre le pouvoir des maîtres, contre la subordination des compagnons devenus « citoyens-ouvriers »²⁹. Au demeurant, nul ne s'y trompait à l'époque, pas plus les ouvriers – qui luttèrent en sa faveur, que les maîtres – qui s'y opposèrent autant qu'ils le purent³⁰. L'édit de Turgot de février 1776, première et éphémère proclamation de la liberté d'entreprendre³¹, avait déjà, quelques années auparavant, été célébré par une liesse populaire considérable et par une multiplication des actes d'insubordination³². Que la liberté d'entreprendre puisse aujourd'hui être présentée comme la justification et le fondement du pouvoir de direction des employeurs serait alors apparu comme un pur contresens.

Les grands traités européens des années 1950 n'ont nullement dérogé à cette conception pluriséculaire des droits économiques. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 était pensée comme parfaitement extérieure à la matière économique. Elle n'était évidemment pas conçue comme un outil de renforcement du pouvoir patronal³³, pas plus que les libertés d'établissement³⁴ et de prestation de services³⁵ prévues par le Traité de Rome dans sa version originelle de 1957. Au sein de ce dernier Traité, au contraire, les États membres

²⁸ Le décret d'Allarde abolit à son article 2 « tous les privilèges de profession sous quelque dénomination que ce soit ».

²⁹ Sur le rêve révolutionnaire d'une société sans maîtres, sans subordonnés, qui inspire l'abolition des corporations et la proclamation de la liberté d'entreprendre : voy. Gérard AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, pp. 79-81.

³⁰ Voy. not. Steven L. KAPLAN, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001, p. 429 et s.

³¹ La liberté nouvelle fut retirée dès le mois d'août 1776.

³² Sur ces réactions, voy. Steven L. KAPLAN, *op. cit.*, pp. 95 et s. et les références citées.

³³ Cette convention était conçue comme parfaitement extérieure à la matière économique en général et au pouvoir patronal en particulier (voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », *supra*, pp. 27-31).

³⁴ Art. 52 du traité de 1957, art. 43 du traité CE actuel.

³⁵ Art. 59 du traité de 1957, art. 49 du traité CE actuel.

convenaient de la nécessité de « promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, permettant leur égalisation dans le progrès »³⁶.

Il est vrai que ces deux traités ont volontairement donné à la matière sociale une place marginale en droit européen, laquelle demeure. Mais cette exclusion relative était due à l'absence de consensus sur les droits sociaux à accorder, notamment, aux travailleurs. Elle n'avait nullement pour objet de bloquer ces droits sociaux. L'idée était au contraire de laisser les États membres libres d'édicter les limitations du pouvoir patronal qui leur semblaient adéquates, dans l'attente d'un traité qui viendrait fixer certains minima sociaux. L'idée que les libertés économiques pourraient être invoquées pour interdire ou limiter tout ou partie du droit du travail était non seulement étrangère à l'esprit originel des traités, mais elle était à l'époque, tout simplement, impensable.

Lorsque l'on compare ces origines à l'usage juridictionnel montant des droits économiques comme arme de destruction du droit du travail, le renversement, le contresens est-on tenté de dire, est flagrant. Mais, plutôt que de se demander comment pareil retournement a été rendu possible, il est sans doute plus important de rechercher ce qu'il signifie.

Une anecdote juridique pourrait livrer une piste. Le 18 avril 1788, les administrateurs de la manufacture du Creusot écrivirent au Roi pour qu'il reconnaisse à leur établissement industriel la qualité de fief. Ils revendiquaient en conséquence le droit d'exercer « une justice seigneuriale » sur leurs ouvriers, et ce afin de contrecarrer la justice du baillage royal voisin. Cette revendication, déjà passablement anachronique pour l'époque, reçut rapidement et sèchement l'avis défavorable du Garde des Sceaux³⁷.

Le renforcement du pouvoir patronal est aujourd'hui plaidé sur une base bien différente, nettement plus au goût du jour. Mais, vue de près, la revendication est la même. Les droits de l'homme, ces protections contre le pouvoir, sont aujourd'hui utilisés pour sacraliser le pouvoir et sont en passe de réussir là où l'invocation du droit féodal avait autre-

³⁶ Art. 117 du traité de 1957. Dans le même sens, en substance, voy. l'article 136 du traité CE actuel.

³⁷ Sur cette étonnante histoire, voy. Jean BART, « La féodalité au secours du capitalisme », in *Mélanges offerts en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, pp. 3-10.

fois échoué. Alexis de Tocqueville avait intitulé l'un des chapitres de *La démocratie en Amérique*: «Comment l'aristocratie pourrait sortir de l'industrie»³⁸. Il eut sans doute ressenti comme un paradoxe inexplicable que les droits de l'homme participent aujourd'hui à ce «comment».

³⁸ T. 2, 2^e part., chap. 20.