



HAL
open science

Contrat de travail, subordination juridique et consentement du salarié : rétrospective et perspectives pour une horizontalité des pouvoirs dans l'entreprise

Harold Kobina Gaba

► To cite this version:

Harold Kobina Gaba. Contrat de travail, subordination juridique et consentement du salarié : rétrospective et perspectives pour une horizontalité des pouvoirs dans l'entreprise. Jean-Marc Roy. Le consentement, Legitech, pp.117-182, 2021, Droit et Économie, 978-2-919814-13-8. <hal-03469710>

HAL Id: hal-03469710

<https://hal.science/hal-03469710v1>

Submitted on 19 Dec 2022

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.



HAL Authorization



Collection fondée et dirigée par Fabien Bottini

LE CONSENTEMENT

SOUS LA DIRECTION DE JEAN-MARC ROY



Lex
FEIM

Laboratoire de recherche en droit économique
des universités de Lille et de Valenciennes

LEGI
TECH éditeur juridique

Contrat de travail, subordination juridique et consentement du salarié : rétrospective et perspectives pour une horizontalité des pouvoirs dans l'entreprise

Harold Kobina GABA

Maître de conférences HDR de Droit privé à l'Université Le Havre Normandie, LexFEIM (Laboratoire de recherche en droits Fondamentaux, Echanges Internationaux et de la Mer)

1. À l'heure du libéralisme économique avec ses outils notamment d'évaluation des politiques publiques¹, de mesure d'impact des projets de lois², du new public management³, de l'objectivation⁴, de la gestion participative⁵, de co-détermination des salariés et des actionnaires⁶, et en arrière-plan les problématiques sociétales

-
- 1 Voir par exemple : H. K. GABA, « L'évaluation des activités et de la qualité des pratiques professionnelles dans le cadre de l'action sociale et médico-sociale : enjeux, objet, acteurs, critères et limites », *RRJ* 2019-2, 1^{er} Trimestre 2020, pp. 555-577.
 - 2 *Ibid.*, spéc. pp. 561 et s. Art. 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (JO du 16 avril 2009) ; premier ministre, Secrétariat général du gouvernement, Mode d'emploi : Comment renseigner l'étude d'impact d'un projet de loi ? Mis à jour en novembre 2017 : https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/etudes-d-impact-des-lois/documents_generaux_ei_fi/guide_methodologique_ei_2017.pdf.pdf.
 - 3 Y. CHAPPOZ, P.-Ch. PUPION, « Le New Public Management », *Gestion et management public*, 2012, n° 2, v. 1, pp. 1-3, disponible sur <https://www.cairn-int.info/revue-gestion-et-management-public-2012-2-page-1.htm> ; B. VAN HAEPEREN, « Que sont les principes du New Public Management devenus ? Le cas de l'administration régionale wallonne », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2012, n° 2, t. LI, pp. 83-99, disponible sur <https://www.cairn-int.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2012-2-page-83.htm>.
 - 4 H. K. GABA, La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit européen sur le droit national³, *RRJ*, 2012, n° 4, pp. 1613-1626.
 - 5 J.-P. SEGAL, « La gestion participative : une comparaison États-Unis, Québec, France », *Revue française de gestion*, septembre-octobre 1987, pp. 51-58 ; J.-P. DUPUIS, « La gestion québécoise à la lumière des études comparatives », *Recherches sociographiques*, janvier-avril 2002, n° 1, pp. 183-205, disponible sur <https://doi.org/10.7202/009451ar> ; G. BLARDONE, « Vers une gestion participative des entreprises et de l'économie », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2014, n° 101, pp. 23-56, disponible sur <https://www.cairn-int.info/revue-recherches-en-sciences-de-gestion-2014-2-page-23.htm>.
 - 6 F. MEHREZ, « La co-détermination donne au patron une position politique au sens noble du terme », *Éditions législatives*, 21 décembre 2017, disponible sur <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/-la-co-determination-donne-au-patron-une-position-politique-au-sens-noble-du-terme-> ; P. CRIFO et A. REBÉRIOUX, « La codétermination. Quel impact sur le conseil d'administration et la performance ? », in Patricia Crifo (dir.), *La participation des salariés*,

récurrentes de sécurité ou d'insécurité, de précarité de l'emploi⁷, de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises⁸... avec ses recherches de solutions préconisant la flexisécurité⁹, la sécurité sociale professionnelle¹⁰ ou la sécurisation du parcours professionnel¹¹ ou encore le contrat de travail unique¹² dans un contexte de concurrence mondiale, il apparaît intéressant et nécessaire de s'interroger sur le pouvoir ou l'autorité de l'employeur dans l'entreprise et plus précisément sur les relations entre employeurs et salariés dans l'exécution du contrat de travail à l'aune du principe de la subordination juridique, à la fois critère du contrat de travail et principe d'autorité de l'employeur dans la mise en œuvre du contrat de travail. Ce dernier principe semble s'opposer au consentement et à l'autonomie de la volonté du salarié.

2. Il est communément admis depuis toujours qu'il n'existe pas une définition légale du contrat de travail. Cette assertion est vraie en partie si l'on considère que le Code du travail en vigueur en France métropolitaine ne contient aucune définition du contrat de travail. Cependant, le même législateur à l'origine de ce code définit indirectement

Paris, Presses de Sciences Po, 2019, pp. 71-93, disponible sur <https://www.cairn-int.info/la-participation-des-salaries--9782724624809-page-71.htm> ; Oxfam France & BASIC (Bureau d'Analyse Sociétale pour une Information Citoyenne), CAC 40 : des profits sans lendemain ? Inégalités, climat : pistes pour bâtir l'entreprise du monde d'après, Juin 2020 : <https://www.oxfamfrance.org/rapports/cac-40-des-profits-sans-lendemain>.

- 7 Voir not. Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC), La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques, rapport n° 6, La Documentation française 2005 ; La France en transition 1993-2005, Rapport n° 7, La Documentation française 2006.
- 8 Ministère de la transition écologique, La responsabilité sociétale des entreprises : <https://www.ecologie.gouv.fr/responsabilite-societale-des-entreprises> : « La Commission européenne définit en 2011 la responsabilité sociétale des entreprises comme "la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société" » ; FRANCE STRATÉGIE, La RSE, démarche de dialogue et levier de transformation : contribution de la Plateforme RSE, mars 2019 : <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rse-demarche-dialogue-transformation-18-03-19.pdf> ; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Qu'est-ce que la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ?*, 18 décembre 2020, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/responsabilite-societale-entreprises-rse> ; Notamment : Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2. « Le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) permet de redéfinir la raison d'être des entreprises et de renforcer la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux liés à leur activité » : <https://www.economie.gouv.fr/loi-pacte-redefinir-raison-etre-entreprises>.
- 9 Ch. CHARPAIL et O. MARCHAND, « La flexisécurité en Europe », *INSEE*, 1 novembre 2008, spéc. pp. 125-135 : « Ce vocable aux sens multiples vise de façon générale à désigner la conciliation d'objectifs de flexibilité, recherchés plutôt par les employeurs, et d'objectifs de sécurité, attendus plutôt par les salariés : c'est devenu le levier majeur de la stratégie affichée par les pays de l'Union européenne lors du sommet de Lisbonne en 2000, puis révisée en 2005 » : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1374402?sommaire=1374407> ; F. JACKY, G. Florian, « Chapitre 1 : Flexisécurité à la française, un nouveau paradigme ? », in Jacky Fayolle et Florian Guyot (sous la dir.), *La sécurisation des parcours professionnels*, Presses de Sciences Po, 2014, pp. 17-58, disponible sur <https://www.cairn-int.info/la-securisation-des-parcours-professionnels--9782724616002-page-17.htm> ; A. BARIET, « La "flexisécurité" française, un objectif atteignable ? », *Éditions législatives*, 22 octobre 2018, disponible sur <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/la-flexisecurite-francaise-un-objectif-atteignable>.
- 10 Défendue par le parti socialiste et l'UMP et devant protéger les personnes, non les emplois existants. Le président de la République d'alors, dans sa lettre de mission adressée à la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, préconisait la réforme de la formation professionnelle et la mise en place « d'ici à 2008 la sécurité sociale professionnelle » qui garantira au salarié « le maintien de l'essentiel de sa rémunération en cas de chômage » : *Le Monde* du 13 juillet 2007, p. 10. Sur l'origine de cette notion : M. CAMDESSUS, « Le sursaut, Vers une nouvelle croissance pour la France », *Rapport officiel*, La Documentation française, 2004.
- 11 La formule vient de M. Bertrand Collomb, président de Lafarge et président de l'AFEP (Association française des entreprises privées), dans un entretien au donné au journal *Echos* du 19 mars 2007, p. 13.
- 12 Lettre de mission du 1^{er} août 2007 adressée par le président de la République au ministre du travail, des relations sociales et de la solidarité, *Le Monde* du 3 août 2007.

le contrat de travail. En effet, la loi du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer, plusieurs fois modifiées et toujours en vigueur¹³, donne dans son article 1^{er} (Titre I : Dispositions générales) la définition du travailleur qui n'a pas changé depuis cette date :

« est considéré comme travailleur toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé (...) »¹⁴.

L'article subséquent énonce que « le travail forcé ou obligatoire est interdit de façon absolue »¹⁵.

Il faut préciser que selon le gouvernement et les promoteurs¹⁶ de cette loi, cette dernière tend notamment « à l'application du Code du travail métropolitain et de la législation française sur la sécurité sociale aux populations de l'Afrique occidentale française et de l'Afrique-Équatoriale française »¹⁷. « Une discrimination était établie entre les travailleurs autochtones et les travailleurs européens. La Constitution, en affirmant le principe de l'égalité de tous les citoyens, a rendu caduque toute législation fondée sur cette discrimination (...) »¹⁸. Ce code a la particularité de « tenir un compte exact des particularités des différents pays d'outre-mer de l'Union française »¹⁹ et « constitue bien un véritable code, qui a tenu à être complet, à embrasser tous les aspects de la vie du travail et des rapports entre travailleurs et employeurs »²⁰. C'est un instrument qui prend « dans la législation sociale métropolitaine toutes les dispositions

13 Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'outre-mer, JORF du 16 décembre 1952, p. 11541. Cette loi « et ses textes d'application demeurent en vigueur en Polynésie française, avec valeur réglementaire ».

La dernière modification date du 1^{er} juillet 2017.

14 Pour une application des articles 1 et 32 de cette loi : Cass. Soc., 11 mai 1962, Bull. civ., IV, n° 437 ; 30 janvier 1959, Bull. civ., IV, n° 169.

15 « Cet article a repris le texte de la convention internationale du travail n° 29 sur le travail forcé, convention que la France a ratifiée en son temps, ainsi, du reste, que vingt-deux autres nations » : J. DUMAS, « rapporteur de la commission des territoires d'outre-mer », *J.O.A.N.*, 1950, n° 117, p. 7919 – Séance n° 263 du 18 novembre 1950.

16 « En réalité il y avait un projet de loi et de « nombreuses propositions loi (5 NDLR) et de résolution (3 NDLR) déposées par nos collègues de l'Assemblée nationale et celles qui émanent aussi du Conseil de la République et de l'Assemblée de l'Union française, en vue d'instituer un Code du travail » : J. DUMAS, *Rapporteur de la commission des territoires d'outre-mer, op. cit.*, p. 7917 – Séance n° 263 du 18 novembre 1950 ; Louis-Paul Aujoulat, secrétaire d'État à la France d'outre-mer : (discussion, en deuxième lecture, du projet de loi, J.O. A. N. n° 97 de 1952, page 5462-5463 – Séance n° 171 du 22 novembre 1952) : c'est « l'accomplissement d'une promesse faite par la France aux populations d'outre-mer, à une heure grave de son histoire » ; « un code efficace qui apporte un progrès social réel dans les territoires d'outre-mer ».

17 Assemblée nationale, 1^{re} séance n° 132 du 21 avril 1951, JO n° 62 A.N., 22 avril 1951, spéc. p. 3700.

18 : J. DUMAS, « Rapporteur de la commission des territoires d'outre-mer », *préc.*, *loc. cit.*

19 L.-P. AUJOULAT, *Secrétaire d'État à la France d'outre-mer (préc., loc. cit.)* : « cette diversité est surtout théorique et, si elle apparaît parfois dans les phénomènes sociaux traditionnels reposant sur des coutumes et des croyances variables d'un territoire à l'autre, elle est beaucoup moins réelle lorsqu'on la considère dans le cadre d'une entreprise ou d'un chantier. Je l'ai dit à maintes reprises déjà, il existe actuellement une unité profonde du salariat, constituée par la condition commune qui lui est faite, qu'il se trouve à Dakar, à Douala, à Brazzaville ou à Elisabethville. Je pense que, de Shanghaï au Cap, les salariés doivent résoudre des problèmes de salaires, de sécurité et de logement qui sont suffisamment semblables pour qu'on puisse véritablement parler d'une unité réelle du salariat ».

20 *Ibid.*, *loc. cit.*

valables qui ont fait leurs preuves en réalisant, bien entendu, les adaptations nécessaires pour que ces dispositions puissent s'appliquer avec efficacité à l'outre-mer »²¹.

En tout cas, cette définition légale qui n'a pas fait l'objet de débats particuliers sauf la notion de « travailleur » ou de « salarié » ou d'« employé » par opposition à « employeur », lors des travaux parlementaires²², préfigure la définition jurisprudentielle du contrat de travail²³.

21 *Ibid.*, pp. 5463-5464, séance n° 171 du 22 novembre 1952.

22 Notamment, Assemblée nationale, Débats parlementaires, 1^{re} séance du 22 novembre 1952, JO, n° 97 A.N., 23 novembre 1952, spéc. pp. 5462-5477 et 5479-5508 : <http://4e.republique.jo-an.fr/> : M. Charles Benoist : « Nous proposons de reprendre le terme "travailleur" adopté par l'Assemblée nationale parce que nous considérons qu'il est beaucoup plus large et qu'il peut englober toutes les catégories de ceux qui travaillent, quel que soit leur mode de rémunération. Nous craignons que l'emploi du terme "salarié" ne permette d'éliminer un certain nombre de travailleurs qui pourraient ne pas répondre à l'acception très étroite que l'on donne au mot "salarié", car il y a différentes façons de rémunérer les travailleurs » ; et surtout, il n'est pas inintéressant de citer intégralement M. Edouard Moisan : « Je m'excuse de commencer le débat sur le Code du travail dans les territoires d'outre-mer par une querelle de mots. En effet, mon amendement, comme les amendements précédents, tend à substituer au terme "salarié", introduit par la Conseil de la République, le terme "travailleur" qui avait été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale. Il vient d'être déclaré, et c'est assez mon avis, que le terme "travailleur" couvrirait beaucoup mieux que celui de "salarié" la notion de travail subordonné. Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, de se reporter au remarquable ouvrage du professeur Paul Durand qui, dans son *Traité de droit ouvrier*, fait remarquer combien le Code du travail métropolitain présente dans ce domaine d'incohérences. Il serait sage pour l'Assemblée nationale de profiter du débat sur le Code du travail dans les territoires d'outre-mer pour essayer de mettre un peu d'ordre en la matière en choisissant une dénomination satisfaisante. Le Code du travail métropolitain renonce en effet à une appellation précise et il recourt à une expression détournée. En effet, il s'agit à la fois de personne, de personne qui engage ses services, d'ouvriers et d'employés, d'organisations ouvrières intéressées, etc. En réalité, on trouve dans le Code du travail métropolitain les dénominations les plus variées. Ne pourrait-on, me chers collègues, arriver à un accord ? Il est un terme qui tombe sous le sens et qui serait infiniment préférable, c'est celui d'« employé », par opposition à « employeur ». Malheureusement, vous n'ignorez pas que, depuis de longues années, le terme « employé » correspond, en fait, à des catégories professionnelles bien déterminées, par opposition aux catégories ouvrières. Dans ces conditions, j'estime infiniment préférable d'employer le terme "travailleur". C'est avec raison, j'y insiste, qu'on a dit avant moi que ce terme couvre beaucoup mieux que celui de salarié le travail subordonné. Rien que les textes soient assez avares de définitions précises en pareille matière, j'ai réussi à découvrir dans un décret du 14 mai 1938, à propos des travailleurs étrangers, une définition qui, me semble-t-il, est la meilleure. On lit dans ce décret : "Tout étranger qui occupe un emploi le plaçant dans une situation de subordination vis-à-vis d'un employeur pour l'exécution de son travail, quelle que soit la nature de cet emploi et indépendamment du mode de rémunération utilisé ou même de l'absence de toute rémunération..." ».

Il faut préciser que les textes de l'Organisation internationale du travail -OIT (par ex. : Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948) et de l'Union européenne (UE) utilisent également le mot « travailleur ». Sur cette question : Paul Durand et R. Jaussaud, « *Traité de droit du travail* », tome premier, éd. Dalloz, 1947, spéc. n° 11, p. 17-20. Sur la relation entre la notion de subordination et celles préposition, de préposé ou de commettant : Pinsonneault, G. (1954), « Notion de commettant et de préposé en droit civil », *Les Cahiers de droit*, Volume 1, numéro 1, 1954, p. 77 – 94, spéc. pp. 83 et s. : <https://doi.org/10.7202/1003646ar>. Ce débat renvoie aussi à celui portant sur l'ouvrier (« Dans un sens général social, est celui qui exerce un métier, une profession, un état manuel. Le métier c'est la pratique d'un art mécanique ou d'un art manuel » : M. BODEUX, voir ci-après), les « gens de métiers » (nécessitant une part d'intelligence, détenteurs d'un savoir-faire) et les « gens de bras » (corvéables comme les animaux) appelés encore « gens de peu », des sans-métier, non qualifiés, « sans état » ; « des manœuvres dirait-on aujourd'hui », de travail manuel : Michel BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, Louvain, A. Uystpruyst-Dieudonné, 1896, pp. 542, spéc., pp. 24-29 (cet ouvrage dont l'auteur était substitut du procureur du roi à Verviers, est à la fois historique et de droit comparé) ; F. PIOTET, « Métier, classification, statut, compétence : la qualification en débat », *Éducation et sociétés*, 2009, n° 23, pp. 123-137, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-education-et-societes-2009-1-page-123.htm> ; D. LEJEUNE, *Les Mondes du travail en France*, France, Khâgne du lycée Louis le Grand, France, 2011, pp. 381, spéc. pp. 17, 29 et 75, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/cel-01475545> ; J. HENRI, « Les recompositions de l'artisanat : des corporations à la première entreprise de France », *Marché et organisations*, 2006, n° 1, pp. 39-53, spéc. p. 40 et 43, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-marche-et-organisations-2006-1-page-39.htm>.

23 « Un projet de définition du contrat de travail avait bien été déposé en 1906 » : É. SERVERIN, « Le travail et ses contrats », *Centre d'études de l'emploi, Le contrat de travail*, Paris, La Découverte, 2008, spéc. pp. 13-23, dispo-

3. En effet, cette définition légale du travailleur est reprise quasiment, semble-t-il, par la Cour de cassation dans un arrêt de principe en date du 22 juillet 1954 au visa de l'article 1780 du Code civil et 23 du Livre 1^{er} du Code du travail alors applicables : « il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération »²⁴.

La législation de l'industrie proprement dite par les lois portait « sur les brevets d'invention, sur les mines de bouille et de fer, sur les poids et mesures, etc. Les questions mêmes du contrat de travail étaient laissées dans l'oubli et quand on veut légiférer c'était plutôt contre l'ouvrier »²⁵.

À ce stade, comme l'a rappelé un auteur, l'expression « contrat de travail » est d'origine doctrinale et assimilée « au louage de services consacré par la loi du 27 décembre 1890 comme un type contractuel spécifique ». Et il n'était pas question de caractériser le contrat de travail « par le lien de subordination entre employeur et employé, tant il apparaît qu'à l'instar du louage de services, il doit garantir l'égalité civile dans un monde du travail pourtant divers par essence. Il faudra attendre la jurisprudence de la Cour de cassation au début du XX^e siècle sur l'application des lois protectrices des travailleurs, pour que le critère de subordination soit consacré »²⁶.

La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail va, dans sa mise en œuvre, ériger une distinction nette entre le travail subordonné rattaché au contrat de louage de service et le travail indépendant²⁷.

La consécration jurisprudentielle, semble-t-il attendue et logique, de la subordination juridique comme le critère du contrat de travail au détriment de celle

nible sur <https://www.cairn-int.info/le-contrat-de-travail--9782707153821-page-13.htm> ; F. HORDERN, « Du Code civil à un droit spécifique », *Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Aix-en-Provence, Université Aix – Marseille II*, 1991, spéc. pp. 4 et s., disponible sur https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Du_Code_civil_a_un_droit_specifique.pdf.

24 Cass. soc., 22 juillet 1954, Bull. civ., IV, n° 576 : Doit être cassé le jugement qui admet qu'une convention liant deux parties est un contrat de mandat, alors que les juges du fond font ressortir qu'en demandant à l'une des parties, qui touchait un salaire mensuel et bénéficiait d'avantages en nature habituellement réservés aux ouvriers agricoles, de mettre à sa disposition toute la force de son travail pour l'exploitation du domaine agricole de l'autre partie, celle-ci s'est réservée le droit de donner toutes les directives utiles pour la conduite et l'organisation de cette exploitation et bien qu'elle ait consenti à son co-contractant une commission de 5 % sur le chiffre de vente des produits du domaine, l'absence de clauses expressément insérées au contrat ne pouvant faire admettre que le propriétaire de l'exploitation avait donné à l'autre partie mandat de gérer son domaine et qu'il avait fait abandon du droit qu'il s'était arrogé de donner les ordres nécessaires.

25 M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail, op. cit.*, spéc., p. 2 ; C. VAN OVERBERGH, « Le contrat de travail », *Revue néo-scholastique*, 1896, n° 9, pp. 92-97, disponible sur <https://doi.org/10.3406/phlou.1896.1468> et www.persee.fr/doc/phlou_0776-5541_1896_num_3_9_1468.

26 O. THOLOZAN, « L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901) », in Jean-Pierre (dir.), *LE CROM. Les acteurs de l'histoire du droit du travail. Actes du Colloque de Nantes, 18 au 19 septembre 2003, Rennes, Presses universitaires de Rennes (PUR), 2004*, pp. 59-68, spéc. pp. 64 ; *adde* les références citées par cet auteur en note de note de bas de page (31) ; Olivier Tholozan, « Raisonement juridique casuistique et faisceau d'indices : L'exemple de la subordination juridique », *RRJ 2018-5*, n° spécial, p. 2015 ; Francis Horder, *Du Code civil à un droit spécifique*, préc.

27 Cass., ch. réunies, 8 janvier 1908, DP 1908, I, p. 185.

économique, aboutit à sa définition commune à la Sécurité sociale et au droit du travail au visa de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, ensemble les articles L. 121-1 du Code du travail et 620, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile alors applicables : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »²⁸.

4. Le choix de la subordination juridique comme critère du contrat de travail dénote, à travers sa définition, son caractère dogmatique qui est en même temps le principe directeur de la conclusion, de l'exécution et de la fin du contrat de travail.

Le contrat de travail apparaît comme un véritable paradoxe juridique ou un contrat *sui generis*²⁹ en ce sens que la volonté des parties est indifférente quant à l'existence du contrat.

En revanche, la primauté de la volonté de l'employeur est de règle dans l'exécution ou la vie du contrat de travail.

Or ce lien de subordination juridique résulte de la volonté et donc de l'autorité de l'employeur. Il faut toutefois préciser que cette volonté de l'employeur est acquise à son corps défendant puisqu'il ne veut pas le reconnaître. Ce qui fonde d'ailleurs l'action en justice de la personne qui se prévaut du statut ou de la qualité de salarié.

Peut-on donner des ordres, contrôler ou sanctionner le salarié sans volonté ?

Ce paradoxe juridique peut se résumer en deux volets :

D'une part, la volonté de l'employeur et celle du salarié importent peu devant l'application des lois protectrices du statut de salarié. Pour établir l'existence du contrat, le lien de subordination en constitue le critère le plus important et c'est à partir de la réalité de ce lien de subordination entre les parties que cette existence est constatée. Le juge lorsqu'il est saisi, doit respecter un cahier des charges :

28 Cass. soc., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-13.187, Société générale, Bull. civ. V, n° 386 : sort des honoraires versés par une société à des conférenciers ou des intervenants extérieurs devant être soumis ou non aux cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales : le thème de l'intervention des conférenciers et leur rémunération n'étaient pas déterminés unilatéralement par la société, mais convenus avec les intéressés et ceux-ci n'étaient soumis par ailleurs à aucun ordre, à aucune directive, ni aucun contrôle dans l'exécution de leur prestation, en sorte qu'ils ne se trouvaient pas placés dans un lien de subordination à l'égard de cette société.

« La Cour de cassation a toujours refusé de la (subordination NDLR) concevoir d'un point de vue économique » (Évelyne Serverin, Le travail et ses contrats, in Centre d'études de l'emploi, Le contrat de travail, préc.) : Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, 1.121., note P. Pic ; Cass. civ., 9 mars 1938, DH 1938, p. 289 ; Jacques Le Goff, « Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours », Éditions Presses universitaires de Rennes, collection « L'univers des normes », 2004, spéc. pp. 168 et s. : cet auteur pointe la première décision significative en 1907 : Cass., 8 janvier 1907, D., p. 422.

29 Dans le même sens, mais pour d'autres raisons : Michel Bodeux, « Études sur le contrat de travail », *op. cit.*, spéc., p. 379 : « Ce contrat est *sui generis*. Il est approprié à la nature des temps. Il est conforme à l'équité, à la tradition, à la religion ». L'auteur précise sa manière de voir « qui consiste à ne trouver dans le contrat de salaire qu'une convention de nature spéciale, introduite par la force des choses, (...) ». Le travailleur renonce à la liquidation des profits, il fournit son travail les yeux fermés sur les occurrences futures au moins d'une manière absolue. L'ouvrier n'a pas de capital d'expectative, il ne peut attendre la liquidation des opérations ».

« L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »³⁰ ; ou encore rechercher les « conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »³¹. L'office du juge montre bien que l'existence d'un contrat de travail n'est établie que par une analyse rétrospective ou rétroactive du contrat en cause. Car l'accomplissement ou l'exécution de ce contrat de travail est déjà entamé ou consommé. Cette approche est paraphrasée par le professeur Antoine Mazeaud³² en ces termes : « soumission aux pouvoirs réglementaire, disciplinaire et de direction dans l'accomplissement d'un travail pour le compte d'autrui ».

D'autre part, il est consacré, en revanche, la prééminence de la volonté de l'employeur sur celle du salarié dans l'exécution et la fin du contrat. Et cette volonté du salarié est bien résiduelle malgré quelques avancées postérieures³³.

Dans les deux cas ou faces de la même médaille, le critère ou principe ou le dogme de la subordination juridique s'applique, mais les enjeux ne sont pas les mêmes.

30 Cass. ass. plén., 4 mars 1983, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290, Bull. 1983, Ass. plén., n° 3, D. 1983, 381, concl. Cabannes ; Cass. ass. plén., 18 juin 1976, n° 74-11.210, Bull. civ. Ass. plén., n° 2, p. 13 (« cependant, qu'est frauduleux tout contrat destiné à permettre à une partie de se soustraire à la réglementation de la sécurité sociale ; qu'il ressort des constatations des juges du fond que les distributeurs ne travaillent pas pour leur propre compte, mais pour celui de la société hebdo-presse, qui les employait dans le cadre d'un service organisé et selon des directives générales imposées par elle, qui assumait les risques et le profit de son entreprise, et sous la dépendance de laquelle ils se trouvaient placés en fait ; d'où il suit que peu important la forme, la nature ou la validité de leurs contrats et les clauses que la société y avait insérées, les distributeurs devaient être obligatoirement affiliés au régime général des assurances sociales en vertu de l'article l. 241 » du Code de la sécurité sociale) ; Cass. soc., 17 avril 1991, Bull. 1991, V, n° 200 ; Soc. 19 déc. 2000, Dr. Soc. 2001, 237 ; Cass. civ. 2^e, 9 mars 2006, Bull. 2006, II, n° 72 ; X. LAGARDE, « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTDciv*, juillet/septembre 2002, spéc. p. 440 ; CJUE, arrêt *AFMB Ltd e.a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*, 16 juillet 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 : « la relation entre un « employeur » et son « personnel » salarié implique l'existence d'un lien de subordination entre ceux-ci » (point 53) ; « L'article 14, point 2, sous a), du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CE) n° 118/97 du Conseil, du 2 décembre 1996, tel que modifié par le règlement (CE) n° 631/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, ainsi que l'article 13, § 1, sous b), i), du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, tel que modifié par le règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, doivent être interprétés en ce sens que l'employeur d'un chauffeur routier international, au sens de ces dispositions, est l'entreprise qui exerce l'autorité effective sur ce chauffeur routier, supporte, en fait, la charge salariale correspondante et dispose du pouvoir effectif de le licencier, et non l'entreprise avec laquelle ledit chauffeur routier a conclu un contrat de travail et qui est formellement présentée dans ce contrat comme étant l'employeur de ce même chauffeur » (point 82).

31 Cass. soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437 ; Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 06-20.533 : La caractérisation de la subordination se fait selon la méthode de la preuve par indice ou par « faisceau d'indices » : pour confirmer ou, le cas échéant, infirmer l'état de subordination, le juge du fond doit rechercher, selon la formule de la Cour de cassation, les « conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

32 A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien.

33 F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, préc., spéc. p. 5. Voir *infra*.

Concernant le critère du contrat de travail, il n'est pas essentiel ou nécessaire, *a priori*, de savoir la nature et l'ampleur du pouvoir de l'employeur : discrétionnaire ou non.

De ces éléments, apparaît clairement une notion clé, à savoir l'autorité de l'employeur.

Cette notion fondamentale a la même valeur également dans les définitions de l'esclavage et du servage qui ont précédé le contrat de travail.

À ce propos, il est important de noter que la définition légale du contrat de travail ou plutôt du travailleur issue de la loi précitée du 15 décembre 1952, confirme cette notion autorité de l'employeur.

S'agit-il d'une continuité de fond avec des aménagements ?

La réponse est positive au regard de l'analyse comparative de ces trois institutions juridiques.

En conséquence, le dogme et le principe directeur du contrat de travail existaient dès l'origine de l'institution juridique dans un cadre idéologique et économique, en l'occurrence le capitalisme libéral (ou libéralisme) dont le socle fondamental, comme son nom l'indique, repose sur la propriété privée. Le droit de propriété est proclamé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle déclaration fait partie aujourd'hui du bloc constitutionnel. Comme le souligne un auteur, « le droit de propriété privée bénéficie d'un niveau élevé de protection constitutionnelle »³⁴. De ce droit constitutionnel découlent les libertés économiques et en particulier la liberté d'entreprendre (article 4 de la Déclaration de 1789 et loi des 2 et 17 mars 1791³⁵ dite décret d'Allarde, suivie de la loi Le Chapelier, 14 et 17 juin 1791³⁶³⁷).

Ce constat affaiblit les théories jurisprudentielles et/ou doctrinales postérieures qui font une analyse institutionnelle ou fonctionnelle du pouvoir de l'employeur.

34 J.-F. DE MONTGOLFIER, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, n° 31, pp. 35-50, Dossier « Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations » disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/conseil-constitutionnel-et-la-proprieete-privee-des-personnes-privees> ; Cour de cassation, Étude annuelle 2019, La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Etude%202019%20-%20La%20propri%C3%A9t%C3%A9%20-%20pdf.pdf> ;

35 Loi du 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

36 Décret du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, dit « Loi LE CHAPELIER ».

37 G. DRAGO, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2011, n° 9, pp. 31-39, disponible sur <http://journals.openedition.org/crdf/5395>, consulté le 2 juillet 2020 ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.5395> ; Conseil constitutionnel, La liberté d'entreprendre : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf ; D. Guillaume, « La liberté d'entreprendre », *Commentaire*, 2015, n° 150, pp. 395-398, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-commentaire-2015-2-page-395.htm> ; Cl. CHAMPAUD, « Propriété, pouvoir et entreprise », in Éric Balate, Josef Drexel, Séverine Menétrey et Hanns Ullrich (dir.), *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Hommage à Laurence Boy, PUAM, 2016, p. 47.

Cette approche institutionnelle ou fonctionnelle qui constitue une greffe, contraste mal avec le principe directeur et est donc source de difficultés malgré la volonté à la fois du législateur, des juges et de la doctrine de les concilier au nom de la modernité, des droits et libertés de l'homme, de la nouvelle notion d'entreprise qui ambitionne de devenir un lieu ou objet d'intérêt collectif³⁸.

Encore faut-il préciser que le champ d'application du contrat de travail a beaucoup évolué dans le temps au regard des extensions législatives pour lesquelles la subordination juridique comme critère du contrat de travail est indifférente ou inopérante. Le contrat est tantôt réputé être un contrat de travail tantôt présumé être un contrat de travail, tantôt régi par le Code du travail sans qu'on puisse parler ou reconnaître l'existence d'un contrat de travail³⁹.

5. L'objet de cette étude n'est pas de proposer un nouveau critère du contrat de travail, mais plutôt de discuter ou revisiter la pertinence de la subordination juridique, principe originel du pouvoir (de direction) de l'employeur dans la mise en œuvre et la fin du contrat de travail, en revenant sur son fondement philosophique, idéologique et ses rapports juridiques créés au regard d'une part des anciennes institutions comme le servage et l'esclavage et, d'autre part, du principe de consensualisme en droit des contrats, de la démocratie et des droits de l'homme.

Les travaux de recherche, les monographies, les ouvrages généraux⁴⁰ semblent intégrer intellectuellement et socialement ce principe qui n'est pas remis en cause dans son principe même. Des auteurs ont tenté de faire la genèse de ce principe et de mettre en exergue les rapports juridiques qui en découlent en étudiant notamment la force de travail. D'autres, en revanche, ont montré les limites ou le

38 Voir par ex. : N. NOTAT et J.-D. SENARD, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », *Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances*, 9 mars 2018 sur les résultats de la mission « Entreprise et intérêt général », lancée le 5 janvier 2018 (lettre de mission du 11 janvier 2018) : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/entreprise_objet_interet_collectif.pdf ; les sociétés coopératives d'intérêt collectif (Scic) (forme SA, SAS ou SARL) « ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement » : Article 19 *quinquies* de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifiée par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 – art. 33 ; Nicole ALIX, Jean-Louis BANCEL, Benjamin CORIAT et Frédéric SULTAN (dir.), *Vers une république des biens communs ? Les liens qui libèrent*, 2018, 320 pp. ; M. LALLEMENT, *Un désir d'égalité, vivre et travailler dans des communautés utopiques*, Paris, Seuil, 2019, 560 pp.

39 H. K. GABA, « La requalification du contrat de franchise en contrat de travail », *Revue Travail et Protection Sociale*, mars 1999, n° 3, Chron., pp. 4-6 ; Statut particulier de gérant salarié : conditions d'application, renonciation et prescription, D. 2009, n° 18, Jur., p. 1251-1255 ; Reconnaissance du statut de gérant-salarié : conséquences pécuniaires, compensation et précisions sur la prescription, Dr. soc., avril 2011, p. 392-399. Pour une étude jurisprudentielle d'ensemble : Mathilde Zylberberg, *La distinction travail indépendant/salariat – État de la jurisprudence*, Cour de cassation, Bulletin trimestriel du droit du travail, 3^e trimestre juillet-août-septembre 2008, n° 83, spéc. p. 3, disponible sur https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bulletin_trimestriel_de_droit_du_travail_83.pdf ; H. PETIT et N. THÉVENOT (sous la dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné : Approche pluridisciplinaire*, Paris, La Découverte, 2006 ; E. DOCKÈS, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.*, mai 2011, p. 546 ; N. FRONT, *Le travail subordonné de droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, vol. 85., Nouvelle Bibliothèque de Thèses, pp. 668.

40 Il est impossible d'en dresser une liste exhaustive, toutefois certains sont cités au fur et à mesure de l'étude.

caractère anachronique du principe au regard notamment de l'évolution socio-économique de la société, des hommes qui la composent, des relations de travail⁴¹.

La question intéresse à la fois les relations individuelles et collectives de travail⁴². Cependant, notre étude privilégie les relations individuelles en raison de l'ambiguïté, des difficultés juridiques, théoriques, pratiques et jurisprudentielles que pose la notion d'autorité de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail avec en toile de fond la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat qui nécessite l'accord du salarié, et changement des conditions de travail qui exclut la volonté ou l'autonomie de la volonté ou le consentement du salarié. En outre, la notion de contrat de travail intègre dans le temps de nouvelles notions telles que celle de l'entreprise, qui suppose au minimum la coexistence d'intérêts divers⁴³, celles des droits et libertés du salarié, ces derniers promeuvent notamment la sécurité, la santé au travail, la liberté d'expression... (I). De ces substrats idéologiques, politiques, économiques et juridiques, il est possible de dessiner une perspective d'horizontalité du pouvoir patronal dans les rapports de travail, en faisant appel notamment à l'objectivation, à une approche globale, efficiente et concertée des relations de travail avec la prise en compte de la personne du salarié, à une effectivité des droits et libertés du salarié. À cela on peut logiquement ajouter le principe du dialogue social introduit par les articles L. 1 à L. 3 du Code du travail dans les relations collectives de travail, mais qui n'a pas encore son équivalent dans les relations individuelles de travail (II).

41 Par exemple : E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. Soc.*, 2004, p. 620 ; F. HEAS, « Être ou ne pas être subordonné », *Dr. ouvr.*, 2009, p. 405 ; P. NICOLAS, *Le lien de subordination juridique dans les relations de travail*, Thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, 2010 ; A. PORTEFAIX, *Essai sur la responsabilité du salarié*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Montpellier I, novembre 2011, spéc. p. 162, n° 194.

42 Voir par exemple : N. GSSIME, *La mobilité géographique du salarié*, Thèse de doctorat droit privé, Paris 1, 2015, spéc. pp. 310 et s., n°s 735 et s. : « Titre 2 : La mobilité négociée par les partenaires sociaux » : « La négociation collective sur la mobilité est inégale et protéiforme en raison, d'une part, de la diversité des niveaux et participants aux négociations – du niveau national interprofessionnel à l'entreprise en passant par la branche et le groupe – et, d'autre part, des modalités de la négociation (libre, guidée ou imposée par le législateur) – de sorte qu'il existe autant de contenus – dispositions conventionnelles – que de contenants – conventions et accords collectifs ».

43 Sur cette notion et la problématique de la coexistence d'intérêts dans l'entreprise, voir par exemple ; H. K. GABA, « Les intérêts général, collectif et individuel : coexistence, opposition formelle, dynamique interne, interaction, interdépendance et complémentarité », *RRJ* 2019-3, 2^e trimestre 2020, pp. 1055 - 1120 ; B. TEYSSIE, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, pp. 1680-1687 ; voir aussi, M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4/00, chron., 260 ; H. K. GABA, « La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute », *D.* 2007, n° 11, J., pp. 894-897 ; *adde* les références citées.

I. L'autorité de l'employeur : Rétrospective de la subordination juridique à l'aune de l'esclavage, du servage et des légitimations et limites postérieures

6. Malgré le « sacro-saint principe révolutionnaire libéral de l'égalité civile »⁴⁴, la prééminence de l'autorité ou du pouvoir de l'employeur sur le salarié ne semblait faire aucun doute dès l'origine du contrat de travail. Le critère ou le principe de la subordination juridique n'en est que la traduction pratique. Cette autorité de l'employeur est naturellement ou logiquement calquée sur celle de ces prédécesseurs, à savoir le seigneur dans le servage et le maître dans l'esclavage. L'inégalité réelle et sociale des relations de travail semble atténuée par la protection étatique liée au statut de salarié (A). Ensuite viennent les phases de légitimation de cette autorité prépondérante qui épouse les théories fonctionnelle, institutionnelle, de l'entreprise. Puis confrontées à la persistance de cette inégalité et la toute-puissance de l'employeur, de nouvelles greffes ambitionnent à la fois de limiter ou de consolider le pouvoir patronal ou d'accorder une relative autonomie de la volonté du salarié par la reconnaissance de l'exercice encadré des droits et libertés du salarié dans l'entreprise et par la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat et changement des conditions de travail (B).

A. La prééminence de l'autorité de l'employeur/propriétaire inspirée de la royauté, du servage et de l'esclavage, et confrontée à l'égalité civile, l'autonomie de la volonté et la liberté du système libéral

7. *Lato sensu*, le dictionnaire Le Larousse⁴⁵ définit le terme subordination comme la « situation de quelqu'un qui dépend, dans ses fonctions, de l'autorité de quelqu'un d'autre (...) ».

Dépendance de quelque chose par rapport à quelque chose d'autre (...) ». Et la servitude est un « état de dépendance complète de quelqu'un envers quelqu'un d'autre »⁴⁶.

Le dictionnaire Le Robert⁴⁷ donne la même définition : « fait d'être soumis à l'autorité de qqn, spécialt dans un ensemble hiérarchisé ». Ce dictionnaire précise

44 O. THOLOZAN, *L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901)*, *op. cit.*, p. 62.

45 Le Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/subordination/75073?q=subordination#74220>.

46 Le Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/servitude/72406?q=servitude#71595> ; Le Grand Robert, 2017 : « État de dépendance totale d'un individu soumis à un maître. → Abaissement, asservissement, infériorité, soumission, sujétion » : <https://grandrobert-lerobert-com.ezproxy.normandie-univ.fr/robert.asp>.

47 Dictionnaires Le Robert – Le Grand Robert de la langue française, 2017 : <https://grandrobert-lerobert-com.ezproxy.normandie-univ.fr/robert.asp>.

les concepts ou synonymes qui lui sont directement liés : « Assujettissement, dépendance, esclavage, infériorité, obéissance, obéissance, sous-ordre, tutelle, vassalité ; et aussi discipline (...) La subordination, organisation hiérarchisée (...) ».

Quant au vocable « autorité », Le Larousse la désigne comme le « pouvoir de décider ou de commander, d'imposer ses volontés à autrui : Affermir, perdre, rétablir son autorité ».⁴⁸

Une définition similaire est proposée par Le Robert qui précise aussi son étymologie : *auctorité* ; lat. *auctoritas*, de *auctor* « auteur » ; « droit de commander, pouvoir (reconnu ou non) d'imposer l'obéissance. → Commandement, domination, force, puissance, souveraineté, supériorité »⁴⁹.

8. Ces notions que l'on retrouve dans les définitions respectives et précitées de la subordination juridique ou du contrat de travail ou encore du travailleur ont leur origine dans les institutions de l'esclavage et du servage.

Des auteurs rappellent que « l'esclavage a fait son apparition au cours d'une phase déjà évoluée de l'économie. À partir d'un certain moment, l'homme n'a plus tué son ennemi ou son débiteur. Il ne l'a plus éliminé en tant que consommateur concurrent. Au lieu de l'utiliser sous la forme la plus directe, l'anthropophagie, il a projeté de le transformer en travailleur auxiliaire dont le niveau de vie réduit lui permettait d'améliorer le sien. (...) L'esclavage remplissait une fonction équivalant à celle des "domestiques" de notre société bourgeoise (...) Dans la seconde forme d'esclavage, l'homme est réduit à une situation comparable à celle de l'animal. Dans ce système, l'homme est la chose de son maître, à l'instar du cheval ou du bœuf (...) Tous les attributs de la propriété, transmise à nous par le droit romain, s'appliquaient donc à la chose humaine. L'esclave pouvait être loué ou cédé à bail (...) À près de trois siècles de distance, le Code noir nous paraît avoir eu surtout pour résultat de hisser l'esclave du rang de la brute où l'avaient ravalé les socratiques à un niveau intermédiaire entre les biens meubles et les hommes libres »⁵⁰.

La Convention des Nations unies du 25 septembre 1926, relative à l'esclavage, définit dans son article 1-1° l'esclavage en ces termes : « L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ».

Concernant le servage dans l'Europe féodale, il « apparaît comme une adaptation de l'esclavage aux exigences d'une morale nouvelle, à l'effacement des institutions de droit public, au renforcement de l'aristocratie, et surtout aux nécessités d'une économie privée de moyens techniques, où le travail humain demeure un facteur

48 Le Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autorite%3a9/6838?q=autorite%3a9#6806>.

49 Le Robert – Le Grand Robert de la langue française, 2017 : <https://grandrobert-lerobert-com.ezproxy.normandie-univ.fr/robert.asp>.

50 J.-P. BERTHE, M. LENGELLÉ et Claude NICOLET, v° Esclavage : <http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/esclavage>.

fondamental de la production, mais où les profits de la guerre de pillage tiennent moins de place que naguère [...] »⁵¹.

Comme le précise Adhémar Esmein, le servage, outre l'attache à la seigneurie, se caractérise principalement par deux incapacités qui pesaient sur le serf : « le droit de *formariage* (contracter en dehors de sa sphère propre) et le droit de *mainmorte* (incapable de transmettre à cause de mort) : l'une concernait les droits de famille et l'autre le patrimoine »⁵².

De ce qui précède, l'esclave n'avait ni la personnalité et par conséquent ni droits de famille, ni droits de patrimoine comparativement au serf qui en disposait sous conditions des incapacités pesant sur lui.

Ces institutions poussent le professeur Albert Rigaudière à la réflexion suivante : « Argent et liberté, voilà bien un riche thème pour l'époque médiévale, dont on peut se demander pourquoi il n'a pas davantage retenu l'attention. Il y a là un couple de valeurs inséparables, la privation de liberté impliquant le plus souvent un dénuement à peu près complet, tandis qu'une somme même minime d'argent peut, dans bien des cas, favoriser l'accès total ou complet à la liberté. C'est ainsi tout le problème des rapports entre l'argent, l'esclavage et le servage qui aurait pu être posé en montrant comment la réintroduction progressive de l'argent dans tous les secteurs de l'économie du haut Moyen Âge avait constitué pour les esclaves, puis les serfs et autres catégories au statut civil dégradé, un efficace moyen d'obtenir ou de retrouver, en totalité ou en partie, une liberté perdue (...) »⁵³.

La servitude et le servage qui sont assimilés⁵⁴, semble-t-il, notamment dans les textes internationaux et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), sont définis par l'article 1^{er} de la Convention supplémentaire des Nations unies (ONU) du 7 septembre 1956, relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage :

« a. La servitude pour dettes, c'est-à-dire l'état ou la condition résultant du fait qu'un débiteur s'est engagé à fournir en garantie d'une dette ses services personnels ou ceux de quelqu'un sur lequel il a autorité, si la valeur équitable de ces services n'est pas affectée à la liquidation de la dette ou si la durée de ces services n'est pas limitée ni leur caractère défini ;

51 G. DUBY, V° « Servage » : <http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/recherche/q/servage>.

52 A. ESMEIN, « Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année », *Recueil Sirey*, 11^e éd., 1912, spéc. p. 264, disponible sur <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55334b/f282.item>. ; N. OLSZAK, « Histoire du droit du travail », *Economica*, 2011, spéc. p. 19 : « Les serfs du moyen âge étaient encore soumis à diverses incapacités destinées à fixer héréditairement cette main-d'œuvre sur le grand domaine rural, dont la valeur dépendait des moyens disponibles pour travailler la terre ». A. RIGAUDIÈRE, Conclusions, in : Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public, 28^e congrès, Clermont-Ferrand, 1997, L'argent au Moyen Âge, pp. 327-344, spéc. p. 159 : www.persee.fr/doc/shmes_1261-9078_1998_act_28_1_1731.

53 A. RIGAUDIÈRE, *Ibid.*, loc. cit.

54 Sur cette question voir notamment : Ch. WILLMANN, « Esclavage, Travail forcé, Traite des êtres humains », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, octobre 2006 (actualisation : janvier 2017).

b. Le servage, c'est-à-dire la condition de quiconque est tenu par la loi, la coutume ou un accord, de vivre et de travailler sur une terre appartenant à une autre personne et de fournir à cette autre personne, contre rémunération ou gratuitement, certains services déterminés, sans pouvoir changer sa condition ».

La CEDH a défini la notion de « servitude » en tant qu'une « forme de négation de la liberté, particulièrement grave » et « telle qu'entendue par la Convention (article 4 intitulé "Interdiction de l'esclavage et du travail forcé", NDLR) s'analyse en une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte et qu'elle est à mettre en lien avec la notion d'"esclavage" qui la précède »⁵⁵.

On peut donc avancer que le contrat de travail puis la subordination juridique se sont largement inspirés dès l'origine des institutions qui les ont précédés, en l'occurrence l'esclavage, le servage et le droit issu des deux codes noirs. Cette mutation existait déjà entre ces dernières institutions⁵⁶.

Il est vrai que l'importance ou l'intensité des sujétions qui résultent de ces institutions, décline graduellement dans le temps et est différenciée au regard de l'évolution idéologique et socio-économique qui en constitue le substrat.

Ces institutions ont un point commun, à savoir la servitude qui renvoie à l'absence de liberté, d'indépendance. Qui suppose des contraintes, un assujettissement

Dans ces institutions, on oppose :

- Le maître ou homme libre à l'esclave, qui est sous la puissance et la direction du maître (article 43 Code noir) ; la première protection légale des esclaves fut « octroyée » par la fameuse ordonnance de mars 1685, ou « Code noir » ;
- Le seigneur au serf ;
- Le maître ou le patron à l'ouvrier ou le serviteur.

La notion de subordination juridique présente des similitudes avec l'institution de l'esclavage issu du Code noir⁵⁷ :

55 CEDH, 2^e section, arrêt *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, n° 73316/01, définitif le 26 octobre 2005, n°s 123 à 129 : en l'espèce, la requérante, une ressortissante togolaise mineure et en situation irrégulière à l'époque des faits, fut durant plusieurs années à compter de 1994 la domestique non rémunérée d'un couple de particuliers qui la faisaient travailler sept jours par semaine et lui avaient confisqué son passeport. La Cour conclut que la requérante, mineure à l'époque des faits, a été tenue en état de servitude au sens de l'article 4 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Voir également, CEDH, 5^e section, arrêt *C.N. et V. c. France*, 11 octobre 2012, n° 67724/09, définitif le 11 janvier 2013: Absence d'un cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé.

56 M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, op. cit., spéc., pp. 378, 384 et s. Selon cet auteur, « Nul louage de service n'asservit un nombre considérable d'êtres humains et ne les asservit d'une manière aussi assujettissante que le contrat de salaire (...). Le travail moderne est un esclavage intermittent ».

57 Code noir, ou Édit servant de règlement pour le gouvernement et l'administration de la justice, police, discipline et le commerce des esclaves nègres dans la province et colonie de la Louisiane, 1685. Il existe deux versions de ce code. La première élaborée par le ministre Jean-Baptiste Colbert, a été promulguée en mars 1685 par Louis XIV. La seconde a été promulguée par Louis XV en mars 1724. Les articles 5, 7, 8, 18 et 25 du Code noir de 1665 n'ont pas été repris dans la seconde version. Le Code noir ne sera abrogé qu'en 1848 lors de l'abolition de l'esclavage par la France, entériné par le décret Schœlcher du 27 avril.

- Le statut de l’esclave qui est selon le Code noir sous la puissance et la direction du maître (article 43) ;
- Le pouvoir disciplinaire du maître (article 42) ;
- L’interdiction d’association, de coalition, de groupement, d’attroupement (article 16), alors que les employeurs maîtres étaient exemptés ;
- Interdiction de travailler pour son compte pour compenser l’obligation du maître de subvenir aux besoins de l’esclave (article 24) ;
- L’invention de l’esclave ;
- L’esclave préposé...

On retrouve donc les mêmes mots-clés ou institutions ou prérogatives dans les définitions du contrat de travail ou du travailleur ou de la subordination juridique : « autorité » du patron⁵⁸, du maître, du manufacturier ou de l’entrepreneur ; pouvoir disciplinaire du patron qui renvoie notamment à l’obligation du livret ouvrier⁵⁹ avec les devoirs des serviteurs et des ouvriers à l’égard des maîtres et des patrons ; l’invention du salarié ; l’interdiction d’association, de coalition...

La subordination juridique se manifeste par l’institution du livret ouvrier destiné à « domestiquer le nomadisme des ouvriers » et à lutter contre le vagabondage. Ce livret qui existait sous une autre forme sous l’ancien régime, officialise la sujétion de l’ouvrier envers le patron qui conservait dans un premier temps le dépôt du livret : un patron ne peut embaucher un ouvrier dépourvu de livret. Mais le livret vise aussi à empêcher les patrons, en période de rareté de main-d’œuvre, de débaucher les ouvriers de leurs concurrents⁶⁰.

La supériorité du maître est ainsi légalement reconnue. Celui-ci est toujours cru sur parole (« Le maître est cru sur son affirmation, Pour la quotité des gages ; Pour le paiement du salaire de l’année échue ; Et pour les à-comptes donnés pour l’année courante » : article 1781 du Code civil de 1804), alors que l’ouvrier, traité en mineur, ne peut se défendre dans les conseils de prud’hommes où les patrons ont la majorité et les salariés représentés par des chefs d’atelier, des contremaîtres et des artisans.

58 Le vocable « patron » est très usuel de nos jours dans tous les milieux professionnels privés ou publics ou administratifs (le commissaire est appelé patron). Même le représentant d’un syndicat professionnel est désigné patron. Il en est ainsi « du patron des patrons » pour le président du Mouvement des entreprises de France (MEDEF).

59 Le 9 frimaire XII, 1^{er} décembre 1803, le Consulat institue le livret ouvrier, annoté par les employeurs et visé par la police. « Le livret d’ouvrier naît aussi sous l’Ancien Régime. Des lettres patentes, dont l’Edit de Turgot d’avril 1776, complétées par celles du 12 septembre 1781, soulignent la nécessité “d’entretenir la police et la subordination parmi les ouvriers” » : <https://archives.orleans-metropole.fr/r/446/suivi-des-ouvriers/>

60 Voir notamment : D. WORONOFF, *Histoire de l’industrie en France*, Paris, Seuil, 1994 ; B. ISABELLE, « La survie du livret ouvrier au début du XX^e siècle », *Revue du Nord*, avril-juin 1993, n° 300, t. 75, p. 303-318, disponible sur www.persee.fr/doc/rnord_0035-2624_1993_num_75_300_4822.

« Le recours au livret décline dès les années 1860. En 1868, il est question d’abroger le livret et de le transformer en livret facultatif ou conventionnel, certificat ou contrat de travail ; finalement la loi ne voit pas le jour. En 1880, c’est la naissance du “contrat de travail” » : <https://archives.orleans-metropole.fr/r/446/suivi-des-ouvriers/> ; N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, op. cit., spéc. pp. 31 et s.

9. Quel est le fondement de la supériorité l'employeur et donc de son pouvoir sur le salarié ?

La liberté d'entreprendre et le droit de propriété semblent être le fondement du pouvoir de l'employeur comparativement à la liberté de travail du salarié.

Il est unanime et revendiqué que la liberté d'entreprendre constitue le fondement philosophique, idéologique et juridique du libéralisme et du capitalisme. Cette liberté fondamentale et constitutionnelle est combinée au droit de propriété, lui aussi fondamental et constitutionnel, élément clé du même système libéral et capitaliste. Encore faut-il préciser que l'équivalent de la liberté d'entreprendre pour le salarié est sa liberté de travail. Ces deux libertés découlent de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et également des huit articles de loi Le Chapelier précitée⁶¹. Cependant, le principe fondamental de la liberté du travail visait à la fois la liberté du travail indépendant⁶² et la liberté du travail dépendant. Aujourd'hui, la première est appelée liberté du commerce et de l'industrie ; seule la seconde est qualifiée de liberté du travail⁶³.

D'ailleurs, la Cour de cassation associe ou assimile, au visa du principe fondamental de la liberté d'entreprendre et l'article L. 212-4 du Code du travail alors applicable, le pouvoir de direction de l'employeur et la liberté d'entreprendre⁶⁴.

En tout cas, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 traduit cette donnée fondamentale de l'autorité de l'employeur dans ses articles 2 (« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté,

61 G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, spéc. n° 102. Ces auteurs parlent de la consécration de « la pleine "liberté" du travail salarié ».

62 *Ibid.*, n° 68, pp. 65 et s. : voir la « la loi du travail indépendant » fondée sur cette liberté et le droit de propriété : « Tous propriétaires ! Tous maîtres ! Voilà bien le mot d'ordre et l'idéal social de l'époque ».

63 Sur la liberté d'entreprendre, de travail : J. PÉLISSIER, A. SUPPIOT et A. JEAMMAUD, « Droit du travail », *Précis Dalloz*, 24^e éd., n°s 119 et s., 25^e éd., n°s 112 et s.

Pour une coexistence ou un conflit ou une conciliation entre liberté du travail et liberté du commerce et de l'industrie : la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 19 novembre 1996 (Cass. soc., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19404, Bull., V, n° 392, p. 280) a jugé, à propos de la clause de non-concurrence, au visa de l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 et le principe constitutionnel de la liberté du travail, « qu'ayant pour effet d'apporter une restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, posé par l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, et à la liberté du travail garantie par la Constitution, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ».

64 Cass. soc., 13 juillet 2004, 02-15.142, Bull. 2004, V, n° 205, p. 190 : À propos de l'implantation de pointeuses dans les magasins d'une société, de par leur éloignement des vestiaires et des salles de pause, imposant aux salariés des temps de déplacement qui ne sont pas décomptés comme temps de travail effectif :

« La cour d'appel qui a relevé que lors des trajets entre les vestiaires ou la salle de repos et les pointeuses, les salariés étaient à la disposition de l'employeur, tenus de se conformer à ses directives, si elle en a déduit à bon droit que ces périodes constituaient un temps de travail effectif, ne pouvait pour autant imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction ». E. DOCKÈS, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation », *Dr. ouvr.* 2005, p. 1. ; J. PÉLISSIER (dir.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur*, Dalloz, 2004, pp. 631, spéc. p. 203.

et la résistance à l'oppression. »), 4 (« 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 la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »), 5 (« La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. ») et 17 (« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »).

Dans ce nouveau paradigme, les employeurs ou maîtres (nouvelles appellations qui se substituent au maître esclavagiste et au seigneur pour le servage), n'ont fait que remplacer les anciens maîtres et seigneurs.

Les nouveaux maîtres puis employeurs, propriétaires de leur entreprise, sont maîtres dans leurs entreprises.

Le salarié qui veut offrir ses services à l'employeur, propriétaire de l'entreprise, ne peut le faire que dans le cadre de la propriété de l'employeur qui dispose d'un droit absolu sur cette propriété (article 17 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

L'employeur propriétaire est privilégié juridiquement et économiquement par rapport au salarié qui semble ne disposer d'aucun droit équivalent sinon le droit d'un simple citoyen ou sa liberté de travail non encore effective.

L'employeur, tout nouveau maître tout puissant, donne du travail au salarié qui vend sa force de force.

Cette relation va d'abord s'opérer dans le cadre juridique du contrat de louage (des choses et d'ouvrage) prévu l'article 1710 du Code civil de 1804.

L'article 1779 du même code distingue entre trois sortes de louage d'ouvrage et d'industrie : Celui des voituriers, celui des entrepreneurs et celui enfin des domestiques et ouvriers.

Concernant ce dernier cas, l'article 1780 relatif au louage de services (« On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ») peut être comparé au statut de l'esclavage.

La similitude avec le statut d'esclave est patente. L'intérêt de l'esclavage est l'appropriation de la force de travail de la personne devenue esclave. Pour s'en approprier et faciliter cette appropriation, le Code noir de 1685 dans son article 44 dispose : « Déclarons les esclaves être meubles et comme tels entrer dans la communauté, n'avoir point de suite par hypothèque, se partager également entre les cohéritiers, sans préciput et droit d'aînesse, n'être sujets au douaire coutumier, au retrait féodal et lignager, aux droits féodaux et seigneuriaux, aux formalités des décrets, ni au retranchement des quatre quintes, en cas de disposition à cause de mort et testamentaire ».

10. Dans ce cadre juridique, la force de travail et la personne de l'esclave se confondent. Le maître dispose de deux choses en une. En réalité, peut-on dissocier les deux ? La distinction est en l'espèce fictive, car au service d'une idéologie.

Plus généralement, pour pouvoir louer le service, en l'occurrence la force de travail, encore faut-il que cette dernière soit considérée comme une chose et en particulier un meuble.

Dès lors, la force de travail étant liée à la personne du salarié, ne peut faire l'objet à elle seule d'une cession, d'une vente⁶⁵.

Pourtant la force de travail dont on parle est la propriété du salarié et en la mettant au service de l'employeur, il entreprend aussi. La subordination juridique semble découler naturellement du nouveau régime économique dans un cadre fusionnel entre l'esclavagisme et le servage.

À cet égard, un auteur fait une analogie intéressante entre le travail salarié et la gestation pour autrui (GPA) : « Deux types de raisons CONTRE. Et d'abord du point de vue, conjecturé, des ventres de là-bas : Tout travail mérite salaire : la gestation en est un, mais "automodificateur du soi", il n'est peut-être pas comparable à celui que produit le salarié censé récupérer, au soir de ses huit heures, un "soi" identique au "soi" du petit matin. Les mères porteuses s'attachent à leurs enfants (...) Puis, pour ce qui nous concerne, nous, les mâles nantis : Nous créons deux catégories de femmes, celles qui n'accouchent pas et celles que l'État paie pour le faire : nous travaillons ainsi à notre propre dépendance et deviendrons les victimes de l'inévitable "revanche des indispensables", les mâles des femmes porteuses affermant fatalement un jour ou l'autre les ventres de nos femmes (...) »⁶⁶.

Mais la « force de travail » notamment défendue et démontrée par le professeur Thierry Revet⁶⁷, est réfutée par une partie de la doctrine.

Selon le professeur Gérard Couturier, le louage de services, dénomination de l'ancêtre du contrat de travail, est choquant en citant le professeur Gérard Lyon-Caen : « Le rapport employeur-salarié n'est pas un rapport d'échange donc n'est pas un louage... le travail n'est pas un bien, car il n'y a pas louage d'un corps avec jouissance reconnue au locataire »⁶⁸. Pour cet auteur, il s'agit plutôt d'une prestation de service et donc d'une prestation de travail⁶⁹.

65 Sur cette force de travail en tant que réalité personnelle et la controverse doctrinale qui s'y attache : T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, Paris, Litec, 1992, spéc. pp. 10 et s.

66 L. SALA-MOLINS, *Yahvé, Allah, Moloch, Léviathan : dans le désordre*, Paris, Éditions Hazan, 1989, n° 6, pp. 47 à 63, spéc. pp. 48-49 : <https://www.cairn.info/revue-lignes0-1989-2-page-47.htm> ; L. SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 2012, 324 pp.

67 T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, op. cit.

68 G. COUTURIER, *Droit du travail, 1/Relations individuelles*, Paris, PUF, 2^e éd. mise à jour, 1993, spéc. n° 43 et s. adde les références citées.

69 *Ibid.*, notamment n° 45.

Pourtant, cette prestation de travail est plutôt considérée comme le résultat de cette force de travail qui « paraît exister, juridiquement, comme objet de contrat et comme source de valeur »⁷⁰. « Son existence comme objet de contrat suffit à l'attester : elle est une valeur d'échange parce qu'elle est source de valeurs pour celui en obtenant la jouissance. Et elle est aussi source de valeurs pour le salarié conférant à un tiers la jouissance de sa force de travail : la rémunération obtenue en contrepartie constitue, pour lui, le produit de sa force de travail »⁷¹.

Cette thèse a déjà été initiée, semble-t-il, notamment par Paul Durand et R. Jaussaud dans leur *Traité de droit du travail*⁷² : « En droit romain, le travail n'avait été envisagé que comme une chose, soumise aux règles de louage. Cette conception matérialiste est étrangère à la France d'ancien régime. Les relations de travail y prennent un caractère personnel. Aucun lien ne les rattache plus au louage de choses ; elles reposent sur des rapports d'homme à homme ».

Non seulement ces « rapports d'homme à homme » ne sont que fantasmés au regard du principe d'égalité d'autant plus que l'inégalité était patente dès l'origine. Mais encore, on peut objecter que le Code noir précité instituant une chosification de l'être humain est pourtant bien français. Le but de l'esclavage est justement d'exploiter la force de travail ou le travail de l'esclave au profit du maître. Cet esclave n'est pas considéré comme une personne.

Sur ces questions, Michel Bodeux a fait une synthèse riche d'enseignements des doctrines notamment chrétiennes et socialistes de l'époque qui contestent sa position suivante : « Les deux conséquences du contrat de salaire, c'est-à-dire le caractère transactionnel de la rémunération et la condition de subordination chez l'ouvrier vis-à-vis du patron répondent pleinement à la nature des choses et l'ordre naturel »⁷³.

Olivier Tholozan a bien résumé l'extension doctrinale du contrat de louage de services réservé au départ à « des services rendus par l'intelligence », « à l'embauche de la majorité des travailleurs au nom du sacro-saint principe libéral de l'égalité civile ». Cette extension, poursuit l'auteur, « sert à mieux masquer l'inégalité réelle et sociale et nier la diversité inhérente au monde du travail »⁷⁴. Selon Michel Bodeux, « le principe d'un libre contrat perd sa vérité quand on descend dans les faits. (...) l'ouvrier sort de l'état de dépendance et d'infériorité où il gisait auparavant et il prend peu à peu possession de sa dignité et de sa volonté (...). Enfin, la masse des travailleurs, qui forme la plus grande partie de la nation, demande par là même à être protégée et garantie (...) »⁷⁵.

70 T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, *op. cit.*, pp. 28 et s.

71 *Ibid.*, spéc. p. 365.

72 P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail, tome premier*, *op. cit.*, n° 28, p. 40.

73 M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, *op. cit.*, spéc. pp. 8, 387 et s.

74 O. THOLOZAN, *L'apparition de la notion de contrat de travail dans les thèses des facultés de droit (1890-1901)*, *op. cit.*, p. 62-63.

75 M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, *op. cit.*, spéc. pp. 8 et 387.

11. Ces derniers développements nous amènent logiquement à une problématique liée au consensualisme et à l'autonomie de la volonté excipés dans les relations de travail.

Le consensualisme ou l'autonomie de la volonté n'existait point. Il n'est nullement question de conclusion d'un quelconque contrat. L'appellation contrat dans ces conditions est un leurre ou un subterfuge juridique comme l'attestent les documents historiques qui parlent de maître... des devoirs du salarié qui travaille sur le domaine de l'employeur qui en est propriétaire.

À cet égard, le professeur F. Hordern⁷⁶ cite les auteurs de l'époque :

« Pour Henri Capitant : “Dans la pratique industrielle, l'accord ne se fait expressément que sur un point, le chiffre du salaire qui sera payé à l'ouvrier”⁷⁷. Aucun écrit n'est passé, aucun des effets du contrat n'est expressément prévu. Les obligations de l'ouvrier sont énoncées dans le règlement d'atelier, œuvre exclusive du patron, et affichées dans l'atelier. Pascaud, conseiller à la cour de Chambéry, précise qu'il suffit de mettre “son activité au service de l'employeur qui le rémunère” pour qu'il y ait contrat de travail⁷⁸. La plupart des thèses de droit de l'époque définissent le contrat de travail de cette manière. La notion de subordination va apparaître pour permettre l'application de la loi sur les accidents du travail »⁷⁹.

Le professeur Xavier Martin a déjà révélé le mythe de l'autonomie de la volonté prétendument consacrée par le Code civil de 1804. : « Tout le contexte d'éclosion du Code civil disqualifie les volontés individuelles dans leur aptitude à persévérer. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ; au minimum, l'article 1134 alinéa 1^{er} énonce un fait qu'on doit bien dire banal : les contrats obligent (exigence vitale de la vie sociale). La Cour de cassation ne s'y est pas trompée. (...) elle énonce benoîtement, de « cette disposition », en juin 1805, qu'elle « est conforme et puisée dans (*sic*) les lois françaises anciennes et les lois romaines »⁸⁰.

76 F. HORDERN, *Du Code civil à un droit spécifique*, Cahiers n° 3 de l'Institut régional du travail, Université Aix-Marseille II, 1991, Aix-en-Provence, spéc. p. 5 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Du_Code_civil_a_un_droit_specifique.pdf ; dans le même sens : M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, *op. cit.*, spéc. p. 9 : s'appuyant sur une Enquête du travail de 1886 en Belgique : « Le contrat de travail se fait sans écrits et sans longs débats. On détermine la besogne et l'on fixe le prix : on ne prévoit rien d'autre ».

77 H. CAPITANT, *Cours de législation industrielle*, Paris, 1912, p. 149 (références d'origine).

78 H. PASCAUD, *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation législative*, Paris, 2^e éd., 1903 (références d'origine).

79 E. BOULARD, *Du louage de services*, *op. cit.* ; M. GLATARD, *Du louage d'ouvrage...*, *op. cit.* ; C. DIDION, *Du contrat de travail*, *op. cit.* ; P. HUBERT-VALLEROUX, *Le contrat de travail*, thèse de droit, Paris, 189 ; G. RAUX, *Du louage de service en droit romain et en droit français*, thèse de droit, Lille, 1893 ; J. VETILLARD, *Du contrat de travail*, thèse de droit, Rennes, 1898 » ; G. H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail*, Dalloz, 1968, spéc. nos 1 et 44 (références d'origine).

80 X. MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTDCiv*, avril-juin 2003, pp. 247-264, spéc. p. 263. Du même auteur, *De Beccaria et Voltaire aux codes criminels de 1808 et 1810 : la continuité anthropologique, contribution au colloque pour le « Bicentenaire du Code pénal »*, Sénat et Cour de cassation, 25-26 novembre 2010, *Revue historique de droit français et étranger*, 2011, n° 3, p. 377-405, spéc. p. 378 : « Or l'anthropologie des lumières françaises est réductionniste : elle a propension à réifier l'homme. Un état d'esprit

Aujourd'hui, si la volonté demeure le fondement du contrat, il n'est plus à démontrer le déclin de l'autonomie de la volonté (qui suppose à la fois la souveraineté de la volonté et la force obligatoire de la volonté) dû à des facteurs sociaux (État providence et protectionnisme social) et économiques (ordre public économique)⁸¹.

La relation de travail et le droit du travail ont été à l'origine de ce déclin.

Le rapport d'emploi n'est pas purement contractuel, mais présente une double dimension : authentique contrat d'une part et, d'autre part, acte-condition (soumission aux pouvoirs de l'employeur, intégration à une collectivité de travail)⁸².

B. Les légitimations et limites postérieures de l'autorité de l'employeur : persistance de la subordination juridique et volonté relative du salarié

12. Les légitimations et limites au pouvoir discrétionnaire originel de l'employeur sont intervenues dans le temps en raison de l'évolution socio-économique et juridique.

Au premier titre de ces légitimations viennent notamment les théories institutionnelle, entrepreneuriale et contractuelle (voir nos développements sur le renouveau du contrat de travail) de l'autorité de l'employeur dont les fondements idéologiques et économiques, les critères ou éléments constitutifs, s'il en existe, et les finalités ont beaucoup changé dans le temps. De ces légitimations postérieures et de nature différente de l'autorité de l'employeur découlent certaines limites et consolidations de cette dernière au travers notamment des droits et libertés individuels et collectifs des salariés, du renouveau du contrat de travail, théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Cette distinction implique à la fois une certaine volonté du salarié dans le contrat et une renonciation ou un abandon de celle-ci dans la mise en œuvre du contrat de travail au profit du pouvoir de l'employeur et avec pour fondement ou étalon les notions d'intérêt social ou d'intérêt de l'entreprise ou d'intérêt du groupe qui en sont des exemples topiques. Ces limites dénotent un élément nouveau qui est le contrôle *a posteriori* du juge.

dont les retombées, dans un premier temps, sont comme estompées par un optimisme superficiel sur la chose humaine, lequel, à l'expérience de la Révolution, s'efface devant un pessimisme résolu, qui donne du tranchant au réductionnisme, et encourage l'inclination conjoncturelle à réprimer » ; « L'héritage des lumières », in Félicien Lemaire et Bernard Gauriau (dir.), *Les discriminations*, Actes du colloque organisé les 13 & 14 octobre 2011, éd. Cujas, 2012, pp. 176, spéc. pp. 15 et s. ; aussi : « Beccaria, Voltaire et Napoléon, ou l'étrange humanisme pénal des Lumières, 1760-1810 », Éditions Dominique Martin Morin, 303 p., 2018, (hal-02863327) ; voir aussi la position de Jean-François Cesaro à propos de l'inégalité et la liberté du consentement : « La subordination », in Bernard Teysié (sous la direction de), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Panthéon Assas, 2009, p. 129, spéc. n°s 205 et 210, p. 136-138 et 141-142.

81 Chr. LARROUMET, « Droit civil, T. 3, Les obligations, Le contrat », *Economica*, 1998, 4^e éd., n°s 107 et s.

82 J. PÉLISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail, op. cit.*, n° 134 ; aussi F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Traité des contrats*, Paris, LGDJ, 2001, n°s 1 et s.

1. La théorie institutionnelle et entrepreneuriale comme substrat du pouvoir de l'employeur

13. Selon P. Durand et R. Jaussaud, « les rapports du travail y ont caractère institutionnel ; ils sont conçus comme ceux d'une société : société familiale pour les domestiques et les compagnons qui reçoivent leur salaire en nature, société professionnelle résultant de la communauté d'atelier pour les autres compagnons »⁸³.

Pour ces auteurs, l'entreprise en tant que société organisée, présente quatre traits distinctifs :

- « Société hiérarchique. Elle a un chef, l'entrepreneur, qui dispose à ce titre, de prérogatives étendues (...) » ;
- « Le personnel n'a cependant pas un rôle purement passif, il est associé à l'organisation de l'entreprise (...) » ;
- « L'entreprise doit assurer le bien commun de tous ses membres (...) » ;
- « Bien que certains textes paraissent les personnifier (...), ni l'entreprise, ni l'établissement n'ont la personnalité juridique. L'entreprise n'a pas de droits, elle n'assume pas d'obligations propres. Les créances et les dettes qui se rattachent à la direction figurent dans le patrimoine du chef d'entreprise et s'y confondent avec les autres biens qu'il possède. Il se peut d'ailleurs que l'évolution du droit détache l'entreprise de la personne et du patrimoine de l'entrepreneur »⁸⁴.

Cette société hiérarchique semble fonder logiquement aussi l'institution du mariage issue du Code civil de 1804 : « En instituant l'incapacité juridique de la femme mariée, le Code civil ("Code napoléonien") publié en 1804 consacre l'infériorité de la femme face à l'homme : au nom de la famille et de sa stabilité, les femmes sont soumises à l'autorité du mari. Le mariage garantit le bon fonctionnement de la famille patriarcale »⁸⁵.

Enfin, ces auteurs expliquent que l'employeur dispose, comme chef d'entreprise, de trois prérogatives. Il est investi d'un pouvoir législatif, d'un pouvoir de direction et d'un pouvoir disciplinaire. Ainsi pourvue d'un législateur, d'un administrateur, et d'un juge, l'entreprise rappelle la société politique. « Aussi les préroga-

83 P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 41.

84 *Ibid.*, p. 422, n° 347. Sur la notion de pouvoir, de puissance, et les thèses institutionnelle et contractuelle du pouvoir de l'employeur : C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016, Université Panthéon-Assas Paris II, spéc. n°^{es} 1- 15 : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/c78d8cf5-5358-4a33-8c13-9e8120f4dfe0?inline>.

85 <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19592-egalite-et-droits-des-femmes-dans-la-sphere-privee> ; art. 213 du Code civil de 1804 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » ; art. 217 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit » ; art. 1421 : « Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme » ; art. 1124 : « Les incapables de contracter sont, Les mineurs, Les interdits, Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, Et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats » ; Puissance paternelle : art. 373 : « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

tives du chef d'entreprise sont-elles inhérentes à sa qualité et n'ont-elles pas à être expressément reconnues par un statut »⁸⁶.

Un autre auteur, François Bloch-Lainé, en raison des expériences passées, propose une réforme de l'entreprise fondée sur trois principes. Il préconise de rompre avec « cette confusion du pouvoir et de la propriété, le marxisme l'admet tout comme le capitalisme. Qui possède, dirige. Le capitalisme dit que toute possession individuelle justifie la direction. Le marxisme exproprie pour transférer à la collectivité la conduite des affaires »⁸⁷. Selon lui, l'entreprise doit fonctionner à partir de trois piliers :

- Le pouvoir économique ne doit pas être confondu avec le pouvoir politique ;
- L'entreprise peut rester un centre de décision autonome dans une économie planifiée ;
- « L'entreprise peut être placée sous plusieurs contrôles, correspondant aux forces qui la constituent, sans perdre son unité de direction »⁸⁸.

14. La notion d'entreprise en droit des affaires est aussi dépourvue d'une définition juridique cohérente et une finalité précise⁸⁹. En effet, l'entreprise, notion économique, n'est pas une notion juridique, ni un objet, ni un sujet de droit. Néanmoins, elle est un objet d'organisation juridique⁹⁰. L'emploi de ce vocable « entreprise » est-il anodin⁹¹ ?

86 *Ibid.*, pp. 423 – 424, n° 348. Sur l'examen critique de cette théorie de l'entreprise : G. H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, Le contrat de travail, op. cit.*, spéc. n° 12.

87 F. BLOCH-LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, Paris, Seuil, 1963, 150 p., spéc. p. 13.

88 *Ibid.*, p. 29-30. Dans un autre registre lié au changement politique du début des années quatre-vingt en France avec la gauche au pouvoir : Jean-Pierre Helbert, « L'insurrection des patrons », préface de René Monory, éd. Yves Salmon, 1984. Le titre de l'ouvrage est d'ailleurs en rouge pour apparemment souligner cette insurrection patronale. Cet auteur dans son chapitre XI « Les générations perdues de l'entreprise ? » (pp. 123 et s.) estime que : « entreprises et jeunesse ont ainsi un avenir commun, sans manipulation, appropriation et artifices. » La stratégie des entreprises « ne nie pas que la jeunesse, toujours changeante, est un ensemble culturel dont les valeurs et les comportements sont en confrontation avec les entreprises. Une confrontation qui les interpelle, en leur révélant combien elles sont encore plus proches de l'étatique que du civil. Selon cet auteur, "le critère de l'organisation dans la confrontation" suppose que "l'organisation implique un pouvoir", "est médiation", un "impératif de fonctionnalité". La confrontation se situe au niveau des valeurs (références de concurrence, performance, de responsabilité) au niveau des comportements, et est une révélation : "la confrontation globale avec la jeunesse est un miroir privilégié de leurs relations avec l'État. (...) Les entreprises sont plus près de l'État que de la société. La jeunesse le leur révèle. L'entreprise, son mode d'organisation et de pouvoir, l'entreprise-médiation, l'entreprise-fonctionnalité, s'apparente à l'organisation d'État. Les comportements en entreprise s'apparentent à ceux de l'État et du pouvoir politique" ».

89 Sur les dangers de cette démarche : Rouvière, « Réflexions sur l'entreprise », *La vie judiciaire* 1989, n° 2230, p. 4.

90 Cf. not. : J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, chron. p. 157 ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle », *JCP* 1988, éd. G. Doctr., 3330 ; A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? » *D.* 1997, chron., p. 189 ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », *JCP* 1995, éd. E, chron., 488 ; Y. SAINT-JOURS, « L'entreprise et la démocratie », *D.* 1993, chron., p. 12 ; E. du PONTAVICE, « La notion d'entreprise », *La vie judiciaire* 1989, n° 2261, p. 1 ; P. BERNOUX et Y-F LIVIAN, « L'entreprise est-elle toujours une institution ? », *Rev. Sociologie du travail*, n° 2, vol. 41, 1999, p. 179 ; P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Observations à propos de la notion d'"intérêt de l'entreprise" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1985, n° 1, Volume 14, pp. 89 à 118.

91 La même technique a été utilisée pour parler de « documents de l'entreprise » alors que manifestement l'entreprise ne peut être juridiquement propriétaire desdits documents : Cass. soc., 2 déc. 1998, *D.* 1999, jur. P. 431, note H. K. GABA ; *JCP* 1999, II, n° 10166, note S. Bouretz.

La complexité grandissante des activités socio-économiques et l'essor des intérêts en jeu obligent à distinguer l'intérêt de l'entreprise, de l'intérêt social, des intérêts des actionnaires, de l'intérêt des salariés, des créanciers, des dirigeants...⁹². Aussi, le professeur J. Paillusseau⁹³ propose-t-il de considérer l'entreprise comme une entité économique et sociale organisée par le droit : elle est un centre d'intérêts divers : intérêt du créateur de l'entreprise, des apporteurs de capitaux, des dirigeants, du personnel, des créanciers, des partenaires... Une définition similaire résulte d'un rapport du CNPF (aujourd'hui MEDEF) dit « rapport Vienot »⁹⁴ sur le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse, qui définit l'intérêt social comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même.

Toutefois, malgré les expressions « centre d'intérêts » ou « intérêt commun », l'intérêt général ne semble pas en faire partie, ce qui est conforme à l'état du droit positif qui relègue au second plan l'intérêt général quand il s'agit d'intérêts privés nonobstant notamment la toute-puissance de l'ordre public économique. En outre, les définitions proposées ont une portée très limitée en ce sens qu'elles ne concernent vraisemblablement que les sociétés commerciales en général, excepté les groupes de sociétés⁹⁵, et dans une moindre mesure certains types d'entreprises individuelles ou de sociétés civiles. Quand bien même les articles L. 123-12 et s. du Code de commerce prescrivent que les comptes de l'entrepreneur, dans l'entreprise individuelle, soient séparés de ceux de l'entreprise, malgré l'unité de patrimoine, la reconnaissance juridique de l'entreprise n'est pas pour autant acquise⁹⁶. En outre, la révolution, opérée par la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, ne va pas dans ce sens malgré la grande nouveauté qui consiste à « distinguer l'homme

92 Le débat sur les deux projets bancaires concurrents présentés l'un par la Société Générale et Paribas, l'autre par la BNP en vue d'un rapprochement à deux ou trois, est symptomatique et a été l'occasion de s'interroger sur les notions d'intérêt de l'entreprise, de gouvernement d'entreprise à la française : cf. M. Orange, « Analyse intérêt de l'entreprise, intérêt des actionnaires », *Le Monde*, 21 avril 1999, disponible sur https://www.lemonde.fr/archives/article/1999/04/21/analyse-interet-de-l-entreprise-interet-des-actionnaires_3565028_1819218.html ; X. HOLLANDTS et B. VALIORGUE, « Actionnaire, salarié... à qui appartient l'entreprise ? », *Le Monde*, 18 octobre 2013 (À propos du « projet de loi sur l'économie sociale et solidaire (ESS) qui doit venir devant le Parlement au mois de novembre est susceptible de créer à l'article 11 et 12 un droit d'information préalable des salariés en cas de transmission d'une entreprise saine), disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2013/10/18/actionnaire-salarie-a-qui-appartient-l-entreprise_3498084_3232.html.

93 J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » D. 1999, chron. p. 157 ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle », JCP 1988, éd. G, Doctr., 3330 ; A. PIROVANO, « La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997, chron., p. 189 ; D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, JCP 1995 ; Y. SAINT-JOURS, « L'entreprise et la démocratie », D. 1993, chron., p. 12 ; E. DU PONTAVICE, *La notion d'entreprise, La vie judiciaire*, 1989, n° 2261, p. 1 ; P. BERNOUX et Y-F LIVIAN, « L'entreprise est-elle toujours une institution ? », *Rev. Sociologie du travail*, 1999, n° 2, vol. 41, p. 179.

94 Publié en juillet 1995, il constitue une charte de bonne conduite pour les dirigeants d'entreprises français.

95 Sur ce point, cf. A. PIROVANO, article précité, pp. 192 et s.

96 C'est un paradoxe de vouloir séparer les comptes de l'entrepreneur de ceux de l'entreprise tout en conservant l'unité de patrimoine ! Voir cependant, l'EURL. En revanche, les comptes de l'entreprise collective se confondent avec ceux de la personne morale. Mais, le droit des groupes de sociétés admet les bilans consolidés.

de l'entreprise »⁹⁷. Il en est de même des lois postérieures qui sont venues renforcer le dispositif.

En revanche, les associations⁹⁸, les syndicats, des ordres professionnels, les entreprises individuelles dépourvus de personnel ou de la relation entreprise/clients telle qu'on peut la concevoir classiquement⁹⁹ sont, semble-t-il, exclus de cette conception de l'entreprise.

Les professeurs Jean Rivero et Jean Savatier, qui ont proposé une synthèse des thèses sur la nature de l'entreprise, constatent d'abord que « la notion d'entreprise en droit du travail se distingue donc de la même notion au plan économique ou en droit commercial »¹⁰⁰. Ils concluent qu'en droit du travail, « elle apparaît comme un groupe social, organisé hiérarchiquement, au sein duquel l'employeur est investi d'un pouvoir de direction sur une collectivité de travailleurs ». « Quelle que soit la conception doctrinale à laquelle on se rallie, l'entreprise apparaît comme le siège d'un certain pouvoir qui s'exerce sur les salariés. Or un fait est certain : ce pouvoir, qui possède à l'origine un caractère monarchique et absolu, tend à évoluer dans un sens démocratique, comme l'a fait le pouvoir dans les sociétés politiques »¹⁰¹.

Ces différentes conceptions fondées sur des axiomes ou postulats variés font toutefois apparaître quelques données sociologiques et économiques indéniables. La première tient à la relation ou la confusion consubstantielle entre le pouvoir et la propriété. La seconde est caractérisée par l'origine de pouvoir, en l'occurrence le pouvoir absolu du roi, du seigneur, du maître...

Cette difficulté à appréhender ces notions d'entreprise ou d'institution, oblige le professeur Pierre-Yves Verkindt à les cerner selon un changement de paradigme :

97 « L'idée fondamentale repose sur la distinction de l'homme et de l'entreprise, permettant d'éliminer les entreprises économiquement condamnées sans frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité et d'assurer la survie d'entreprises pouvant être financièrement redressées en écartant les dirigeants coupables de mauvaise gestion » : M. René Ithurbe, rapporteur, Assemblée nationale, Débats parlementaires, 1^{re} séance du 6 juin 1967, J. O. n° 43 A. N., 7 juin 1967, p. 1607.

98 L'importance des associations dans le monde économique n'est plus à démontrer. L'absence de partage de bénéfices ne modifie en rien la définition économique de l'entreprise. Voir not. le Rapport pour 2000 du Conseil d'État sur « Les associations et la Loi de 1901, cent ans après », La Doc. fr. : <https://www.vie-publique.fr/rapport/24202-rapport-public-2000-jurisprudence-et-avis-de-1999-les-associations-e>.

99 Par exemple une laverie self-service de quartier.

100 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica 1985 ; H. Le NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise*, Essai sur le droit d'entreprise, Thèse, Rennes, 1986 ; Jean Paillusseau, Compte-rendu : « Le pouvoir dans l'entreprise » Thèse de doctorat d'État – Hervé Le Nabasque. In : *Revue Judiciaire de l'Ouest*, 1986-2, pp. 264-266 : www.persee.fr/doc/juro_0243-9069_1986_num_10_2_1411 ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 149. A. SUPIOT, « Groupes de société paradigme de l'entreprise », RTDcom 1985, p. 625.

101 J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, coll. Thémis, 1^{re} éd. 1956, 13^e éd. mise à jour, 1993, Paris, PUF, spéc. pp. 164-166 et 172-173 ; A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, n° 2, pp. 131-154, spéc. pp. 133 et s. : Le pouvoir patronal « de droit divin », omniscient et omnipotent, fait place à un pouvoir fonctionnel, mettant en œuvre des normes de gestion fondées sur l'autorité des experts qui les conçoivent ou les mettent en œuvre dans le cadre de procédures d'audit. Et la centralisation du pouvoir fait place à sa distribution verticale, chaque « collaborateur » de l'entreprise se voyant reconnaître une sphère d'initiative et de responsabilité », p. 134 ; A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, t. 52, Paris, LGDJ, 2010.

« Le droit du travail, particulièrement perméable à l'ancien paradigme, serait alors le lieu privilégié d'observations de la mutation en cours qui place l'entreprise en tension entre des forces centrifuges productrices d'éclatement et des forces centripètes permettant la reconstruction »¹⁰².

Dans cet ordre d'idées, on peut objecter que toute institution, toute création humaine, évolue inéluctablement dans le temps et dans l'espace. L'entreprise ne peut y échapper. Surtout que les auteurs précités en avaient conscience bien que proposant des théories de justification ou des pistes de réflexion. Et pendant que le professeur P. -Y. Verkindt se penchait sur cette question, l'institution a déjà beaucoup évolué et continue naturellement de l'être au regard des nouvelles problématiques : les plateformes et le salariat¹⁰³, la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise rendant nécessaire sa réorganisation¹⁰⁴, le télétravail dans un contexte de crise sanitaire mondiale qui constitue à la fois une contrainte ou une donnée extérieure et interne à l'entreprise et à la société tout entière avec d'importantes conséquences sociologiques, psychologiques, médicales, juridiques, économiques, politiques...¹⁰⁵.

15. Quelle que soit la conception ou l'approche envisagée, la notion d'entreprise fait inéluctablement apparaître dans sa mise en œuvre pratique d'autres notions, à savoir les notions d'intérêt social, d'intérêt de l'entreprise et d'intérêt du groupe, qui se révèlent tout aussi problématiques, divergentes, en bref insaisissables. Ces différentes notions sont utilisées à la fois pour légitimer ou limiter le pouvoir de

102 P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », in Bernard Teyssie (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Paris, Panthéon Assas, 2009, spéc. p. 43 ; voir aussi la position de J.-F. CESARO sur l'institution entreprise : « La subordination », *ibid.*, spéc., n° 206, p. 138 ; M. FERNANDEZ, *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais*, Thèse doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, spéc. pp. 29 et s. : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02077850/document> (voir particulièrement les développements sur l'intérêt social et surtout sur les deux conceptions de l'intérêt social).

103 E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Le Droit ouvrier, Confédération générale du travail*, 2019, pp. 1-8., hal-02070764 ; Sophie Bernard, « Des salariés déguisés ? L'(in) dépendance des chauffeurs des plateformes numériques », *Sociologie du travail [En ligne]*, Vol. 62 – n° 4 | octobre-décembre 2020, mis en ligne le 12 décembre 2020, consulté le 8 janvier 2021 : <http://journals.openedition.org/sdt/35722> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/sdt.35722>. Dans le même ordre d'idées : D. ASQUINAZI – BAILLEUX, « Le Covid-19 au prisme de la législation des risques professionnels », *JCPS*, 2020, I, 2011.

104 Cass. soc., 4 novembre 2020, pourvois n°s 18-23.029 à 18-23.033, FS.P+B+R+I ; Jérémie Jardonnet, *Licenciement pour motif économique : faute de l'employeur menaçant la compétitivité de l'entreprise*, 25 novembre 2020 : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/licenciement-pour-motif-economique-faute-de-l-employeur-menacant-competitivite-de-l-entreprise#.X-13K1hCddg>.

105 En guise de l'émergence de ce phénomène, voir par exemple : Y. MAËL LARHER, *Les relations numériques de travail*, Thèse de doctorat, 2017, Paris 2, École doctorale de droit privé (Paris) : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02186392/document>. Voir particulièrement : Institut national de recherche et de sécurité (INRS), *Télétravail. Quels risques ? Quelles pistes de prévention ?*, avril 2020, disponible sur file:///C:/Users/Harold/AppData/Local/Temp/ed6384.pdf ; Du télétravail imposé en situation exceptionnelle à un télétravail qui se prolonge. Mis à jour le 13 novembre 2020 : <https://www.inrs.fr/risques/COVID19-prevention-entreprise/teletravail-situation-exceptionnelle.html> ; J. H. PLANCHARD, Z. VELAGIC, « Évaluation de l'impact psychologique du télétravail », *Revue Références en santé au travail*, 2020, n° 161, spéc. pp. 49-58.

l'employeur¹⁰⁶, et sont dites particulières avec des aspects collectifs différenciés ou ambivalents, et suscitent des conflits d'intérêts.

Le prof. Pirovano (préc.) a montré que l'appréciation de l'intérêt social se situe de manière quasi exclusive dans la sphère financière, interdisant par conséquent tout amalgame entre intérêt social et intérêt de l'entreprise. Toutefois, cet intérêt social, comme critère d'appréciation de l'abus de biens sociaux ou de banqueroute, recouvre plusieurs réalités contradictoires. Parfois, la Chambre criminelle assimile l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'assurer la répression de l'infraction malgré l'assentiment des associés ou l'absence d'intérêt social distinct de celui des associés¹⁰⁷. En revanche, en cas de constitution de parties civiles des créanciers¹⁰⁸, du comité d'entreprise¹⁰⁹ ou de syndicats de salariés¹¹⁰, l'intérêt social n'intéresse plus que les associés, seules victimes directes de l'infraction. Dès lors, le préjudice subi par les créanciers ou les salariés est considéré comme indirect¹¹¹. Le prof. Pirovano constate à juste titre que « l'intérêt social et/ou l'intérêt de l'entreprise n'étaient naturellement qu'un rideau de fumée derrière lequel les managers avaient fini par considérer l'entreprise comme leur chose (...) ». À cet égard, les suites du double raid boursier de la BNP sur la Société Générale et Paribas (préc.), de par le passé, corroborent ce constat. Au nom de la flexibilité de la notion d'entreprise, les directions des trois banques se prévalaient tantôt de l'intérêt des actionnaires, tantôt de celui de l'entreprise et feignaient d'ignorer non seulement l'intérêt général, mais encore les intérêts des salariés quant aux conséquences sociales des inévitables transformations des entreprises après la fusion.

En tout cas, l'intérêt social semble privilégier les actionnaires sans oublier la reconnaissance de l'intérêt collectif des actionnaires minoritaires par opposition aux actionnaires majoritaires.

106 Par exemple : H. K. GABA, « La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute », *D. 2001*, n° 11, J., p. 894-897.

107 A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP 1995*, éd. E, I, 500. Sur la difficulté de définir cet intérêt social et les propositions faites en ce sens : B. BOULOC, « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés ? », *Rev. Sociétés*, janvier-mars 2000, p. 134.

108 Crim. 24 avril 1971, *Bull. crim.*, 117.

109 Crim. 7 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 172 ; 4 novembre 1988, *ibid.*, 373.

110 Crim. 27 novembre 1991, *Bull. crim.*, 439 ; 27 octobre 1999, *Rev. Sociétés 2000*, p. 364, note critique de B. Bouloc.

111 Cf. : Dekeuwer, article préc. ; H. K. GABA, *L'action civile collective, les exemples des syndicats de salariés, des associations familiales et de consommateurs*, Thèse Lille II, 1997, Presses univ. du Septentrion, spéc. pp. 155 et s. ; H. K. GABA, « Action syndicale : concurrence ou complémentarité avec les prérogatives des institutions représentatives du personnel et les droits individuels », *JSL*, 3 janvier 2013, n° 327, pp. 4-9 ; H. K. GABA, « Réorganisation de l'entreprise et santé et sécurité au travail », *JCP S*, 15 avril 2014, n° 15, *Doctr.* 1146, pp. 7-11 ; H. K. GABA, « Les intérêts général, collectif et individuel : coexistence, opposition formelle, dynamique interne, interaction, interdépendance et complémentarité », *RRJ 2019-3*, p. 1055 - 1120, spéc. pp. 1083 et s.

En matière d'abus de confiance : Crim. 26 juin 1973, *Bull. crim.*, 299. Cependant, voir l'article L. 233 du Livre des procédures fiscales (fraude fiscale grave) et l'art. 211 de la Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (banqueroute).

Le professeur B. Teyssié, fait alors une synthèse de la notion d'intérêt de l'entreprise qui suppose une entité dépassant les membres supposés de l'entreprise¹¹² : « "Intérêt général", "intérêts professionnels", "intérêt de l'ensemble des travailleurs", "intérêts des salariés de l'entreprise", "intérêt de l'entreprise"... Des concepts qui, tous, participent d'une même volonté : affirmer que, au-delà de chacun, il est des communautés ; que l'intérêt du groupe est au-delà de l'addition des intérêts particuliers. Intérêt de l'entreprise... S'il est, à coup sûr, d'un format inférieur à celui de l'intérêt général et des intérêts professionnels (dès lors qu'ils sont conçus comme ceux de l'ensemble d'une profession), il est, en revanche, au-delà des seuls intérêts des travailleurs... comme de l'employeur. Il transcende, dans le cercle de l'entreprise, les intérêts de chacun de ceux qui la composent. Telle est, du moins, l'ambition parfois affichée, singulièrement dans le champ des relations de travail »¹¹³.

Quant à l'intérêt du groupe¹¹⁴, il présente à la fois les caractères d'un intérêt particulier et d'un intérêt collectif au sens de la définition d'un groupement. Ce

112 Voir par ex. : N. NOTAT et J.-D. SENARD, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », *Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances*, 9 mars 2018 sur les résultats de la mission « Entreprise et intérêt général », lancée le 5 janvier 2018 (lettre de mission du 11 janvier 2018) : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/entreprise_objet_interet_collectif.pdf ; La société coopérative d'intérêt collectif (Scic) (forme SA, SAS ou SARL) « ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement » : Article 19quinquies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifiée par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 – art. 33 ; N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN (dir.), *Vers une république des biens communs ? Les liens qui libèrent*, 2018, 320 pp. ; M. LALLEMENT, *Un désir d'égalité, vivre et travailler dans des communautés utopiques*, Paris, Seuil, 2019, 560 pp.

113 B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », *D.* 2004, pp. 1680-1687 ; voir aussi, M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », *RJS* 4/00, chron., 260 ; H. K. GABA, « La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute », *D.* 2001, n° 11, J., pp. 894-897 ; *adde* les références citées.

114 Comités de groupe : Code du travail : art. L. 2331-1 et s., et R. 2331-1 et s. ; Négociation des accords de groupe, des conventions de groupe : Code du travail : art. L. 2232-30 et L. 2232-30 et s. ; Art. L. 233-1 Code de commerce : « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme filiale de la première » ; Sébastien RANC, L'entreprise dominante du comité de groupe : une holding française depuis l'étranger, À propos de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 novembre 2019, *Droit Ouvrier*, janvier 2020, n° 858, Doctr., p. 9. Voir aussi : Cass. com., 2 avril 1996, n° 94-16.380, *Bulletin* 1996, IV, n° 113, p. 94 ; Cass. com., 22 mai 2019, n° 17-13.565, P+B+R : « Si l'administrateur d'une société exerce en principe librement son droit de vote, dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel l'administrateur d'une société-mère est tenu à l'égard de celle-ci l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale ». CA Douai (ch. 2, sect. 1), 2 octobre 2003 (et le commentaire d'Alain Lienhard, *Affaire Metaleurop* : quand l'intégration des filiales du groupe confine-t-elle à la fictivité, *D.* 2003, *Cahier Droit des affaires*, J., p. 2571) : « L'organisation d'un groupe de sociétés est susceptible de faire apparaître un intérêt collectif, qualifié d'intérêt de groupe, distinct de l'intérêt propre de ses composantes ; que le rôle d'une société mère de type holding, quelle que soit l'origine de sa construction, peut consister à exercer, régulièrement, un contrôle sur ses filiales pour assurer la cohérence économique de l'ensemble par la coordination des stratégies mises en œuvre ». J. PAILLUSSEAU, « L'approche générale de la notion de groupe », *D.* 2003, p. 2346 ; J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *Cahier Droit des affaires*, 2003, *Chron.*, p. 2418.

type de groupement est un groupement de groupements contrôlé par la société dominante ou la société-mère.

De ces éléments, il apparaît que la protection des intérêts individuels et collectifs des salariés ne peut s'appuyer sur l'intérêt social et/ou l'intérêt de l'entreprise ou l'intérêt du groupe et encore moins sur l'intérêt général. Le droit du travail prévoit et organise cette protection par la représentation collective.

Cependant, la majorité des entreprises (PME) n'est pas soumise à cette réglementation. N'est-il pas plus efficace justement dans l'intérêt général de généraliser la mise en place des institutions représentatives des salariés et surtout leur accorder des droits d'action réels pour la sauvegarde de leurs intérêts dans l'entreprise¹¹⁵ ?

16. Ces théories, conceptions ou définitions, correspondent à un moment à l'évolution socio-économique et politique de la société. Elles ont, semble-t-il, pour but de civiliser ou de légitimer les rapports inégalitaires du travail. Le débat sempiternel sur les notions insaisissables d'entreprise, d'intérêt de l'entreprise, d'intérêt social, d'intérêt du groupe, témoigne des limites ou de la relativité de ces théories, conceptions ou définitions.

En outre, elles n'expliquent pas réellement la suprématie de l'employeur, car lorsque deux entrepreneurs contractent, l'un n'est pas juridiquement supérieur à l'autre. Le pouvoir d'organisation appartient aux partenaires dans le cadre de relations contractuelles. Dans cette relation, il est possible de dénoncer un abus de position dominante ou de dépendance économique.

Du principe de l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise, « seul juge »¹¹⁶, puis de l'employeur maître de la gestion économique et de l'organisation de l'entreprise¹¹⁷, à la formulation selon laquelle il n'appartient ni aux salariés, ni aux juges de « substituer leur appréciation à celle de l'employeur » quant à la conduite de l'entreprise¹¹⁸ ou encore « quant à la compétence professionnelle de la salariée »¹¹⁹ « il n'appartient pas au juge de contrôler le choix effectué par

115 En ce sens, voir R. VATINET, « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique », *Rev. Sociétés*, janvier-mars 2000, p. 161.

116 Cass. soc., 31 mai 1956, 56-04.323, Bull., n° 499, p. 369 (D. 1958, 21, note Levasseur ; JCP 1956, II, 9397, obs. Esmein ; G. P. 1956, I, 416) : « L'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie les règles édictées par le Code du travail. » ;

117 Cass. soc., 28 mars 1979, 78-40295, Bull., n° 280 : « Dans le cadre des pouvoirs de direction de l'employeur (...) les juges du fond, qui n'ont relevé aucun abus ni détournement de pouvoir de la société, ne pouvaient se borner à substituer leur appréciation à la sienne quant à la structure et à l'organisation de ses services. »

118 Cass. soc., 9 novembre 1989, 87-43.300, Inédit ; 7 février 1991, 89-41.051, Inédit : « qu'il n'appartient pas aux juges, sauf détournement de pouvoir de l'employeur de substituer leurs appréciations à celle de l'employeur quant à la conduite de l'entreprise, et quant à l'aptitude de chacun des salariés à atteindre le but poursuivi ; qu'en substituant son appréciation à celle de l'employeur sur la qualité de l'information faite aux médecins, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, violant ainsi l'article L. 122-14-3 du Code du travail » ; 19 octobre 1994, n° 91-43.278, inédit.

119 Cass. soc., 4 décembre 1991, 89-45.937, Bull., n° 552, p. 344 : à propos de l'ordre des licenciements et des critères de choix des salariés à licencier.

l'employeur entre les diverses solutions possibles »¹²⁰, on constate une évolution et des constances du pouvoir de l'employeur. Selon le Conseil constitutionnel, le juge ne peut « s'immiscer dans le contrôle des choix stratégiques de l'entreprise qui relèvent, en vertu de la liberté d'entreprendre, du pouvoir de gestion du seul chef d'entreprise »¹²¹.

Aujourd'hui, la Cour de cassation statue pour la première fois sur la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise : au visa de l'article L. 1233-3 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, elle a décidé que « si la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise rendant nécessaire sa réorganisation est de nature à priver de cause réelle et sérieuse les licenciements consécutifs à cette réorganisation, l'erreur éventuellement commise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une telle faute »¹²².

Cette problématique relative à l'immixtion du juge est résumée par le professeur Couturier qui semble dénoncer : « la réalité de l'emprise du droit du travail sur la souveraineté du chef d'entreprise »¹²³.

Cette évolution et constance du pouvoir de l'employeur sous le contrôle du juge sont mises en exergue dans le renouveau du contrat de travail et dans l'introduction des droits et libertés individuels et collectifs des salariés.

120 Cass. Ass. plén., du 8 décembre 2000, 97-44.219, Bull. À. P. n° 11, p. 19 (la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étaient assurés dans les trois hypothèses de réorganisation de l'entreprise envisagées par l'employeur). Dans le même sens : Cons. constit., 12 janvier 2012, n° 2001-455 DC, considérants 43-50 (à propos de la loi de modernisation sociale qui subordonnait les licenciements économiques « à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen ». Sur le fondement du principe de la liberté d'entreprendre, le Conseil a jugé que « la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise (...), mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant aux choix entre les différentes solutions possibles ». Par suite de cette décision du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence : Cass. soc., 8 juillet 2009, 08-40.046 ; 14 septembre 2010, 09-66.57 ; 4 mai 2017, 15-28.185.

121 Cons. constit., 12 janvier 2012, n° 2001-455 DC, considérant 44.

122 Cass. soc., 4 novembre 2020, 18-23.029 18-23.030 18-23.031 18-23.032 18-23.033, Bull. ; Cass. soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 17-12.560, Bull. 2018, V, n° 85 (rejet) : défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement lorsque les difficultés économiques résultent d'agissements fautifs de l'employeur.

123 G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in Pierre Couvrat (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 149, spéc. p. 150.

2. Les limites du pouvoir de l'employeur : droits et libertés des salariés, modification du contrat et changement des conditions de travail et contrôle du juge

17. Les limites ou mutations du pouvoir de l'employeur se sont succédé dans le temps dans un système libéral et capitaliste, mais avec des fondements politico-sociologiques différents, dénotant ainsi la variabilité du droit du travail¹²⁴. Au nombre de ces limites ou mutations viennent notamment la doctrine du renouveau du contrat de travail et la reconnaissance des droits et libertés individuels et collectifs des salariés dans l'entreprise. Ces deux problématiques sont intimement liées en ce sens que l'exercice d'un droit ou d'une liberté intéresse à plus d'un titre l'exécution du contrat de travail et donc la théorie jurisprudentielle distinguant la modification du contrat du changement des conditions de travail. Inversement, cette théorie jurisprudentielle peut soulever la question de la valeur juridique des droits et libertés des salariés.

a) Le renouveau du contrat de travail et la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat et changement des conditions de travail

18. Comme nous l'avons montré plus haut, l'autonomie de la volonté du salarié est quasi inexistante sinon illusoire. Seul son accord est requis pour fonder le contrat. Ce constat reste valable, mais peut être nuancé au regard de la théorie du renouveau du contrat.

Le rapport d'emploi présente une double dimension : authentique contrat et acte-condition (soumission aux pouvoirs de l'employeur, intégration à une collectivité de travail)¹²⁵.

Faute d'une définition légale, la particularité du contrat de travail appréhendée judiciairement réside dans le lien de subordination juridique caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné¹²⁶.

De ces éléments, la Cour de cassation semble déduire deux mécanismes juridiques permettant de réguler les relations individuelles de travail : il s'agit de la

124 Sur cette question : N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, Thèse Droit privé, Université d'Angers, 2010 : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00579595>.

125 Sur la subordination juridique comme critère du contrat de travail, Pélissier et Al., préc., 25^e éd., n° 280 ; G. Couturier, *Relations individuelles*, préc., n° 43 et s. ; A comparer, Bernard Boubli, « Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle », *JSL* 1999, 35-1, p. 137 : « Le lien de subordination juridique n'est plus dans le contrat puisque l'employeur ne peut le modifier. Le pouvoir hiérarchique de l'employeur n'est pas dans le contrat – et il ne l'a sans doute jamais été – car les conditions de travail relèvent de l'organisation du travail qui n'est pas laissée à la seule discrétion de l'employeur ».

126 Cass. soc., 13 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 386.

distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail¹²⁷ remplaçant l'ancienne distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat qui demeurerait toutefois en vigueur conformément aux dispositions de l'ancien article L. 321-1 du Code du travail jusqu'à la modification issue de la loi de cohésion sociale, n° 2005-32 du 18 janvier 2005, qui a entériné la nouvelle distinction en parlant « (...) d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail (...) »¹²⁸.

Le compromis issu de cette théorie jurisprudentielle confirme bien l'autorité de l'employeur sur le salarié au travers des pouvoirs de direction et de gestion, ce qui apparaît contradictoire avec la théorie contractuelle de la relation de travail.

Le traitement juridique du refus et plus généralement de la volonté du salarié est fonction de cette dichotomie. Tantôt, le refus du salarié est assimilé à l'expression de sa volonté dans le contrat, tantôt il est sanctionné comme une violation de ses obligations contractuelles. Dans le premier cas, s'agissant d'un contrat, toute modification suppose l'assentiment des deux cocontractants. Mais inévitablement et paradoxalement, le cadre contractuel n'échappe pas à l'autorité de l'employeur¹²⁹. Dans le second cas, la volonté du salarié disparaît au profit de son obéissance au pouvoir de l'employeur. La subordination juridique en tant que principe de gouvernance du contrat de travail trouve aujourd'hui réellement sa mesure en cas de changement des conditions de travail. La supériorité patronale est d'autant renforcée dans le cadre de la mise en œuvre des conditions de travail.

La subordination du travailleur est considérée comme une soumission volontaire de celui-ci à l'autorité de l'employeur¹³⁰. Comme nous l'avons déjà

127 Sur les motifs et la portée de cette jurisprudence : Ph. Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791 ; « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 383 ; « Le contrat de travail et ses garanties. Les leçons de la jurisprudence », Cadres-CFDT, n° 412, octobre 2004, p. 31-39 ; A. COEURET, « Contrat de travail. Le socle juridique », *Revue Personnel ANDCP*, janvier 2006 : <https://cms.law/fr/fra/publication/contrat-de-travail-le-socle-juridique> ; N. COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, Thèse de doctorat, 2012 : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeol/site/esupversions/9eed4667-822c-46a4-aa39-612a2bd77a62?inline>.

C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, Thèse de doctorat en droit privé, 2016, préc., spéc. n°s 80 et s.

128 Art. L. 1233-3 du C. trav. : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment (...) ». Sur cette question : Pélissier et autres, *op. cit.*, n° 373 ; P. Morvan, *Le droit de licenciement pour motif économique après la loi de cohésion sociale* (L. n° 2005-32, 18 janvier 2005), TPS février 2005, p. 8.

129 Voir par exemple : Cécile Aubert, Thérèse Aubert-Monpeyssen, « L'individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques », mars 2005 : http://archive.cfecgc.org/e_upload/Publication/IRESEndivRemuneration032005.pdf : « L'individualisation de la rémunération va souvent de pair avec la méthode qui consiste à fixer au salarié des objectifs à atteindre. Ainsi fixés, les objectifs conditionnent non seulement la rémunération, la carrière, mais parfois même la poursuite de la relation de travail. Même si la fixation des objectifs se fait selon des méthodes consensuelles, en faisant appel à la responsabilisation du salarié, et en lui conférant une autonomie dans ses méthodes de travail (...) ».

130 A. SUPROT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1^{re} éd. Quadrige, 2002, pp. 109 et s.

écrit¹³¹, cette soumission prétendument « volontaire » n'est pas du tout réaliste, car le contrat de travail est un contrat d'adhésion dans lequel le salarié, généralement, n'a pas trop le choix et ne dispose d'aucune autonomie de la volonté sauf le cas particulier des cadres supérieurs. En outre, il est impossible pour le salarié de connaître au moment de la formation du contrat l'étendue de l'obligation qu'il contracte et le contrat est par nature appelé à changer durant sa vie. Toujours est-il que l'employeur au nom de son pouvoir de direction peut modifier ou aménager les conditions de travail des salariés qui ne peuvent s'y opposer. Cette modification institutionnelle et obligatoire découle de l'obligation contractuelle d'obéissance, dont le manquement par le salarié peut être sanctionné par l'employeur, au besoin par un licenciement¹³². Le professeur et conseiller Bernard Boubli semble nuancer à la fois le fondement et le régime juridiques des conditions de travail : « On peut, sans doute, faire valoir que l'employeur conserve néanmoins le droit de changer les conditions de travail et qu'il exerce alors un pouvoir hiérarchique qui n'a pas d'équivalents dans les autres contrats synallagmatiques. Mais les conditions de travail n'étant pas dans le contrat et ressortissant plutôt à l'organisation du travail, le pouvoir hiérarchique ne peut pas être le critère du contrat de travail. Délimité par son objet même, il n'est pas plus que lui dans le contrat. Le pouvoir hiérarchique de l'employeur est cantonné aux conditions de travail, ce qui ne concerne plus le contrat lui-même, mais la gestion des ressources humaines ressortissant à l'organisation collective »¹³³. Toutefois, cet auteur n'explique pas ou ne précise pas la part de l'autorité de l'employeur dans le contrat. S'il y a toujours eu des débats et des décisions pour savoir ce qui relève non des conditions de travail ou du contrat, cela démontre que le choix appartient d'abord à l'employeur dont la décision peut être, *a posteriori*, confirmée ou infirmée par les juges saisis par le salarié s'il y a lieu, ce qui n'est pas systématique, tant s'en faut.

Le choix des mots est important : il est question de « modification » du contrat et de « changement » des conditions de travail¹³⁴.

131 H. K. GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus » (Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu), *Dr. Ouv.*, 1^{er} juin 2005, n° 683, *Doctr.*, pp. 242-258, spéc. p. 248.

132 Cass. soc., 24 juin 1982, *Bull. civ. V*, n° 413 ; 25 juin 1982, *ibid.*, n° 419.

133 B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle*, *op. cit.* ; Ph. WAQUET, *Le contrat de travail et ses garanties. Les leçons de la jurisprudence*, *op. cit.*, spéc. 34.

134 Cass. soc., 23 février 2005, pourvoi n° 03-42.018, *Bulletin 2005 V*, n° 64, p. 56 : « la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle » ; « Le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave ». H. K. GABA, « Changement des conditions de travail : règles de mise en œuvre et régime juridique du refus du salarié », *D.* 2005, n° 25, *Jur.*, pp. 1678-1682.

Quelle est la différence réelle entre ces deux mots ?

Les deux termes, selon le dictionnaire Larousse, sont équivalents et interchangeables¹³⁵.

La jurisprudence sur le changement des conditions de travail est régie par un principe et une condition : la présomption simple de bonne foi de l'employeur et la conformité à l'intérêt de l'entreprise.

Qu'est-ce qui justifie cette présomption de bonne foi et de conformité à l'intérêt de l'entreprise, qui ressemble fort à la règle l'employeur est cru sur son affirmation ?

Comme l'a remarqué un auteur, il y a de nouveaux visages de la subordination dans lesquels par-delà les apparences, « la contrainte ne disparaît pas, elle est intériorisée »¹³⁶.

Les éléments de la prééminence du maître sur le salarié dans les relations de travail : Il est en effet reconnu à l'employeur le bénéfice d'une présomption de bonne foi et de conformité à l'intérêt de l'entreprise.

Pourtant la théorie contractuelle commanderait que les deux parties au contrat bénéficient de cette présomption¹³⁷.

En outre, il est difficile d'appliquer cette distinction entre modification du contrat et changement des conditions de travail faute d'éléments ou critères objectifs et généraux. Surtout que le contrat de travail est un contrat *intuitu personae*. Au demeurant, la frontière entre les deux régimes juridiques est ténue. Une abondante jurisprudence et littérature juridique témoigne de cette difficulté¹³⁸.

135 Dictionnaire Larousse préc. : Définition du mot modification : « Transformation, évolution, changement qui fait que quelque chose n'est plus le même : L'automobile a provoqué une profonde modification du mode de vie.

Intervention faite sur quelque chose, qui le modifie, le transforme, le change plus ou moins sans en altérer la nature essentielle : Apporter quelques modifications à un texte. »

Dictionnaire Larousse : Définition du mot changement : « Action, fait de changer, de modifier quelque chose, passage d'un état à un autre : Changement de propriétaire, de ministère. Fait d'être modifié, changé ; modification, transformation : Des changements sont intervenus dans son attitude. Modification profonde, rupture de rythme ; tout ce qui rompt les habitudes, bouleverse l'ordre établi : Aimer le changement. »

136 A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, op. cit., p. 133

137 Voir G. PIGNARRE, « Vie personnelle du salarié et contrat de travail », *LPA*, 3 mars 2006, n° 47, p. 3.

138 Par exemple : H. K. GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », préc. H. K. GABA, « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », *RJS*, 1^{er} janvier 2009, Chron., pp. 3-10 ; H. K. GABA, « Le droit du salarié de pouvoir vérifier les modalités de calcul de sa rémunération », *D.* 2008, n° 31, Jur., pp. 2209-2212 ; H. K. GABA, « La modification du contrat de travail par réduction des responsabilités et prérogatives du salarié », *Dr. soc.*, juillet-août 2011, n° 7/8, pp. 803-807 ; H. K. GABA, « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », *JCP S* 2012, 10 avril 2012, n° 15, Doctr., 1159, pp. 13-18 ; J. PÉLISSIER, « 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 offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 101 ; J. SAVATIER, « Sanctions disciplinaires et contrat de travail », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 211 ; Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS*, 12/96, p. 791 ; « Le renouveau du contrat de travail », *RJS*, 5/99, p. 383 ; A. MAZEAUD, « Contractuel, mais disciplinaire », *Dr. soc.*, février 2003, p. 164 ; J. MOULY, « Disciplinaire, donc

19. Par ailleurs, le subterfuge juridique consistant à atténuer l'effet de la toute-puissance de l'employeur en introduisant la notion d'entreprise, notion très floue et contingente, et plus précisément l'intérêt de l'entreprise tout aussi insaisissable, interpelle (voir *supra*).

S'il s'agit de deux personnes qui sont parties au contrat, pour quelles raisons doit-on alors parler de l'intérêt de l'entreprise qui constitue avant tout l'une des clés des relations de travail ? Ces dernières ne sont-elles pas déjà censées être conclues et exécutées dans l'intérêt de l'employeur ou de l'entreprise¹³⁹ ?

Ce qui n'est pas le cas dans d'autres domaines où l'on distingue bien les intérêts des dirigeants de celui des actionnaires – sans oublier les actionnaires minori-

non contractuel », *Dr. soc.*, avril 2003, p. 395 ; Ph. LANGLOIS, « Le juge et l'employeur », *Dr. soc.*, mars 2003, p. 283 ; A. DRISS, *Le contenu contractuel du contrat de travail, contribution à la théorie de la modification du contrat de travail*, Thèse de doctorat droit privé, 2007, Orléans ; T. PASQUIER, *L'économie du contrat de travail conception et destin d'un type contractuel*, t. 53, coll. Bibliothèque de droit social, Paris, LGDJ, 2010 ; Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-27.624, Bull. 2015, V, n° 70 : « la diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutive à un changement des horaires du cycle de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail ». On aurait pu penser que la rémunération étant un élément contractuel, sa diminution même par suite de la réduction des sujétions consécutive à d'un changement d'horaires du cycle de travail (changement des conditions de travail) devrait s'analyser comme une modification du contrat. L'accessoire suit le principal.

139 Voir Cass. soc., 26 mai 1983, n° 82-11.739, Bull. civ. V, p. 202 : les postiers effectuant, en dehors de leur service normal, des travaux d'expédition de courrier pour le compte d'une entreprise de presse, laquelle les rémunère directement et détermine le volume et la nature des tâches qui leur incombent, ainsi que les modalités de leur exécution ; Cass. soc., 17 avril 1985, pourvoi n° 83-15.445, Bulletin 1985, V, n° 238, p. 171 (cassation), et les arrêts cités : l'intéressée avait exercé pendant la durée du stage organisé par l'établissement d'enseignement, la fonction d'assistante sanitaire et qu'elle avait bénéficié d'avantages en nature, de nourriture et de logement susceptible de constituer une rémunération de cette activité enlevant à celle-ci son caractère bénévole ; Cass. soc., 5 mars 1986, n° 84-12.403, Bull. civ. V, p. 54 : les collaborateurs d'un cabinet juridique accomplissant des recherches et un travail de rédaction juridiques pour le compte et au profit dudit cabinet ; Cass. soc., 28 février 1991, pourvoi n° 89-10.038, Bulletin 1991 V, n° 110, p. 70 : Salarié agissant dans l'intérêt de l'employeur – Salarié encadrant des enfants du personnel lors d'un stage de neige organisé par l'association sportive de l'établissement ; Cass. soc., 13 octobre 1993, pourvoi n° 89-45.622, « Vu l'article L. 121-1 du Code du travail ; (...) le contrat de travail suppose l'accomplissement d'une prestation pour le compte d'un employeur dans un lien de subordination ; que la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'intéressée fournissait à la société BHV, qui ne l'avait ni embauchée ni rémunérée, une prestation de travail et si, pour l'exécution de ses tâches, elle travaillait sous les ordres de cette société, n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Cass. soc., 9 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.833, Bulletin 2001, V, n° 1, p. 1 : « Vu la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur ; (...) selon cette règle (...) les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC » ; Cass. soc., 10 octobre 2002, n° 01-20.094 : les animateurs de vente intervenant dans les grandes surfaces pour des opérations ponctuelles au profit d'une société de produits de la mer ; Cass. soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-10.017, publié au Bull., et les arrêts cités : L'exercice d'une activité, pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt. Dans un tel cas, pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise. Ce préjudice ne saurait résulter du seul paiement par l'employeur, en conséquence de l'arrêt de travail, des indemnités complémentaires aux allocations journalières ;

taires –, et de celui de l'entreprise. L'intérêt collectif des salariés n'est point atteint dans ces hypothèses sinon indirectement (voir *supra*).

Si l'on parle de l'intérêt de l'employeur, partie au contrat de travail, pourquoi ne pourrait-on pas admettre aussi l'intérêt du salarié ? Puisque l'intérêt de l'employeur peut ne pas être conforme à l'intérêt de l'entreprise.

Cette incohérence ne s'explique que par les raisons sus-invoquées.

Enfin concernant la notion de bonne foi elle apparaît également aléatoire. À cet égard, le professeur Philippe Le Tourneau constate que « le juge n'ayant plus, depuis la Révolution, la licence de statuer en équité [...], il s'abrite derrière la bonne foi lorsqu'il estime, en conscience, dans telle ou telle cause, qu'il importe d'aménager les dispositions contractuelles afin de faire régner une plus grande justice »¹⁴⁰.

b) Introduction et exercice des droits et libertés individuels et collectifs des salariés comme expression de leur volonté

20. Outre l'application des normes internationales (notamment de l'Organisation internationale du travail-OIT, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne-UE), les lois Auroux ont fondamentalement changé le droit du travail français¹⁴¹.

Dans son rapport « Les droits des travailleurs » remis au Président de la République et au premier ministre en septembre 1981¹⁴², le ministre Jean Auroux, part du constat que les « Les aspirations des Françaises et des Français à une nouvelle citoyenneté (...) traduisent le choix libre d'une nation de bâtir une société de dignité, de responsabilité, de progrès social et de développement économique dans le respect des libertés ». « Cette démocratie vivante trouve son champ d'exercice dans des institutions politiques désormais décentralisées. Mais dans sa pratique quotidienne comment ne trouverait-elle pas aussi et surtout sa pleine mesure sur le lieu de travail. Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise »¹⁴³. Il est donc préconisé « la restauration et l'élargissement des droits des salariés » impliquant la réaffirmation d'un certain nombre de droits fondamentaux : notamment le droit au travail, droit

140 Ph. LE TOURNEAU, « Bonne foi », *Répertoire civil Dalloz*, octobre 1995.

141 Loi n° 82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (1^{re} loi Auroux), JORF du 6 août 1982 ; Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^e loi Auroux), JORF du 29 octobre 1982 ; Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^e loi Auroux), JO du 14 novembre 1982, Décision du Conseil constitutionnel n° 82-145 du 10 novembre 1982 (conforme) ; Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) (4^e loi Auroux), JORF du 26 décembre 1982 ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, op. cit.*, pp. 467 et s.

142 J. AUROUX, « Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au premier ministre », *Vie publique*, septembre 1981, Collection des rapports officiels, la documentation française, disponible sur <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/271626.pdf>.

143 *Ibid.*, p. 3.

constitutionnel¹⁴⁴, le droit à l'exercice des libertés publiques dans l'entreprise¹⁴⁵ et en particulier l'institution d'un droit d'expression des travailleurs¹⁴⁶.

Mais l'introduction ou la réaffirmation de ces droits n'est pas sans limites : « Les libertés publiques, applicables à tout citoyen, doivent entrer dans l'entreprise dans les limites compatibles avec les contraintes de la production »¹⁴⁷.

Ces droits et libertés se trouvent en effet limités par la subordination juridique et dans les conditions de l'article L. 1121-1 Code du travail qui en constituent la traduction juridique de cette politique.

La reconnaissance des droits et libertés du salarié dans l'entreprise reste toujours problématique au regard des restrictions que peut apporter l'employeur, restrictions qui doivent être justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but poursuivi.

La subordination n'est-elle pas purement et simplement une renonciation par avance du salarié de ses droits ?

D'emblée, au regard de ce qui précède, on peut objecter qu'à l'origine le salarié n'avait pas réellement de droits, sauf en l'occurrence son devoir de soumission au maître. Qu'en outre, l'employeur ou le maître disposait d'un droit naturel : l'autorité.

En effet, le contrat de travail, acte condition, n'est pas un véritable contrat mettant en présence deux parties disposant normalement de leurs droits.

La position dominante de l'employeur lui permet d'imposer un contrat d'adhésion au salarié.

L'introduction progressive des droits et libertés du salarié depuis les lois Auroux ne règle pas fondamentalement la question.

L'application de l'article L. 1121-1 du Code du travail, dans ces conditions, reste problématique. Cet article dispose que « 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 »¹⁴⁸.

Qu'est-ce qui justifie ces restrictions ? Surtout que la valeur de chacun de ces droits ou de chacune de ces libertés n'est pas la même que celles mises en avant dans cet article.

144 *Ibid.*, p. 6. Droit interprété par le Conseil constitutionnel qui a jugé conforme à la Constitution la loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse (Décision n° 83-156 DC du 28 mai 1983) : « Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail ; qu'à ce titre, il lui appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés » (considérant 4).

145 *Ibid.*, p. 7.

146 *Ibid.*, pp. 77 et s.

147 *Ibid.*, p. 7.

148 Sur cette question : J. Duplat, Conclusions sur Cass. soc. 14 déc. 1999, Dr. Soc. 2000, p. 163 et la note de J.-E. Ray, p. 165 ; JCP éd. E, 2000, p. 902, note Aubert-Monpeyssen ; JCP G. 2000, II, 10 378, note C. Puigelier.

Pourtant, concernant certains droits et libertés, tels que la liberté d'entreprendre, le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit des conditions très limitatives et exceptionnelles de restriction (articles 8, 9, 10 et 11)¹⁴⁹.

En conséquence, l'un de ces droits et libertés ne peut être supérieur à l'autre. En cas de conflit, seule la conciliation est possible.

Or en l'état actuel du droit positif, seul l'employeur a le pouvoir d'apporter des restrictions aux droits des salariés sous le contrôle *a posteriori* du juge.

Il importe à ce propos de prendre toute la mesure du principe de l'effectivité du droit qui suppose une approche globale, mais encore la concertation ou la conciliation en cas de conflit d'intérêts.

La mise en œuvre de cette effectivité rapportée aux dispositions de l'article 1121-1 Code du travail demeure problématique pour les raisons déjà invoquées, car le contrôle *a posteriori* du juge ne règle rien puisqu'en cas de contrôle positif, le droit ou la liberté n'a jamais été effectif. L'effectivité n'est pas la sanction de la mesure de l'employeur. Le salarié doit jouir réellement de ses droits et libertés pendant la vie du contrat.

L'intérêt de l'entreprise est dissociable de la liberté d'entreprendre, valeur fondamentale dans un système libéral. Mais on ne peut confondre cette liberté d'entreprendre avec l'intérêt de l'entreprise.

Dès lors, la distinction jurisprudentielle entre modification du contrat et changement des conditions de travail apparaît comme une construction illogique ou anachronique où se mêlent renonciation aux droits du salarié et exercice des droits du salarié.

Plus précisément, la modification du contrat semble admettre l'exercice des droits du salarié. Son refus est l'expression de sa volonté.

En revanche, le changement des conditions de travail équivaut à une renonciation obligatoire aux droits. Le refus du salarié est une violation de ses obligations contractuelles, à savoir son obéissance au pouvoir de l'employeur.

L'application de cette jurisprudence montre cruellement ses limites dans la mesure où il est très difficile souvent de faire le départ entre les deux catégories juridiques¹⁵⁰.

La notion de subordination juridique, élément de l'esclavage rationalisé, apparaît ainsi en droit du travail très singulière.

149 Voir nos développements : H. K. GABA, *Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus, (Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu, préc)*, op. cit.

150 *Ibid.*

Bien qu'étant toujours dans un système capitaliste libéral, en droit des affaires, la position dominante d'une partie est prise en compte dans le jeu de la concurrence¹⁵¹. Et même la position ou les responsabilités de la société dominante dans un groupe de sociétés ne doivent pas porter atteinte à l'indépendance ou à l'autonomie juridique des sociétés du groupe malgré le projet d'intérêt commun à ce groupe¹⁵². La subordination juridique ou économique est proscrite donc sanctionnée.

Comme nous l'avions évoqué plus haut, les droits et libertés des salariés-citoyens n'ont pas toujours la même valeur. Certains ont une valeur constitutionnelle et/ou fondamentale ou non. Aussi l'exercice par le salarié de ses droits (la liberté d'expression¹⁵³, le droit de la défense¹⁵⁴, le droit à la santé et à la sécurité au travail¹⁵⁵,

151 Autorité de la concurrence, L'Autorité sanctionne Google à hauteur de 150 m€ pour abus de position dominante, publié le 20 décembre 2019, décision 15-D-13 du 19 décembre 2019 : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-150-meu-pour-abus-de-position>. Sur l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, L'abus de position dominante, 23 novembre 2020 : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-position-dominante>.

152 Cass. com., 3 février 2015, 13-24.895, Bull., IV, n° 14 (L'immixtion d'une société mère, de nature à créer une apparence propre à faire croire à un créancier de l'une de ses filiales qu'elle s'y substituait dans l'exécution d'un contrat, oblige ladite société mère à répondre de la dette de sa filiale) ; Cass. com., 18 octobre 2017, 16-19.120, publié au Bull. : « en premier lieu, que dans le cas où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant enfreint les règles de concurrence, la présomption irréfutable selon laquelle la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale, peut être renversée par la preuve contraire, rapportée par la société mère, prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui les unissent, établissant que sa filiale se comporte de manière autonome sur le marché et ne constitue donc pas avec elle une unité économique (...) ; en second lieu, si une filiale ne conteste pas sa participation aux pratiques relevées cependant que la société-mère conteste le fait que sa responsabilité personnelle soit recherchée pour ces mêmes pratiques, du seul fait qu'elle en soit la société-mère, ce choix procédural ne remet pas en cause la présomption d'influence déterminante de la société-mère sur sa filiale, déduit exactement que la sanction prononcée contre la société-mère peut être d'un montant supérieur à celui de sa filiale dès lors que contrairement à cette dernière, la société-mère ne bénéficie pas de la procédure de non-contestation des griefs ».

153 Cass., 30 juin 2016, n° 15-10.557, publié au bulletin : « Vu l'article 10, § 1, de la de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ».

154 H. K. GABA, « La licéité des moyens de preuve dans le contentieux prud'homal : le cas des documents de l'entreprise », D. 1999, n° 30, Jur. pp. 431-434 ; H. K. GABA, La production en justice d'un document de l'entreprise par le salarié pour assurer sa défense, D. 2004, n° 32, Jur., p. 2326-2330 ; H. K. GABA, « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », D. 2010, n° 5, Jur., pp. 306-308 ; H. K. GABA, « Droits de la défense du salarié : bonne foi et charge de la preuve du caractère strictement nécessaire des documents de l'entreprise », *JSL*, 23 juin 2015, pp. 18-22.

155 H. K. GABA, « Réorganisation de l'entreprise et santé et sécurité au travail », *JCP S*, 15 avril 2014, n° 15, Doctr. 1146, p. 7-11 ; H. K. GABA, « Vaccination obligatoire en milieu de travail : sanction du refus non justifié du salarié », *JSL*, 11 octobre 2012, n° 329, pp. 10-13 ; H. K. GABA, « La maladie du salarié assimilée à un handicap : régime juridique, pouvoir de l'employeur et office du juge », *JSL*, 11 juillet, n° 347, pp. 20-24 ; H. K. GABA, « Licenciement pour perturbation du fonctionnement de l'entreprise nécessitant le remplacement définitif du salarié absent », D. 2005, n° 11, Jur., p. 765-768. H. K. GABA, « Le licenciement pour absences répétées dues à une longue maladie », D. 2001, n° 29, Jur. pp. 2339-2342.

droits de la personne¹⁵⁶, droit à la vie personnelle et familiale¹⁵⁷) dans l'entreprise peut-il heurter ses propres obligations professionnelles et contractuelles (obligation de loyauté¹⁵⁸, de fidélité, obligation de sécurité¹⁵⁹, la subordination juridique...) ou un droit constitutionnel et fondamental, à savoir le droit de propriété et la liberté d'entreprendre de l'employeur avec ses corollaires (pouvoir de direction et de gestion)¹⁶⁰.

Une recherche de critères objectifs et de proportionnalité est requise en cas de conflits dans l'exercice des droits ou libertés fondamentaux ou non dans l'entreprise.

156 Cass., 25 novembre 2020, 17-19.523, P+B+R+I, à paraître au Bulletin : En application des articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données, les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, au sens de l'article 2 susvisé, de sorte que leur collecte par l'exploitation du fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application de l'article 23 de la loi précitée. En application des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi. Encourt la cassation l'arrêt qui énonce que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP ne sont pas soumis à une déclaration à la CNIL, ni ne doivent faire l'objet d'une information du salarié en sa qualité de correspondant informatique et libertés lorsqu'ils n'ont pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs, alors que la collecte des adresses IP par l'exploitation du fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 susvisée et est soumise aux formalités préalables à la mise en œuvre de tels traitements prévues au chapitre IV de ladite loi, ce dont il résulte que la preuve était illicite et les dispositions des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales invocables.

157 H. K. GABA, Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail, préc., p. 3-10 ; H. K. GABA, « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », préc.

158 Cf. not. J. Richard de la Tour, « La vie personnelle du salarié », in Rapport pour 1999 de la Cour de cassation ; Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-13.661, Bull. civ. n° 209 : « la dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur, dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions ». Ch. RADÉ, « L'entreprise et la vie privée du salarié » (À propos de quelques arrêts récents de la Cour de cassation), *Droit social*, Dalloz, 2021 p. 4 ; P. ADAM, « Droit à la preuve, protection de la vie privée et réseaux sociaux », *Droit social*, Dalloz, 2021 p. 14.

159 H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : conditions de sa mise en œuvre et de sa sanction », *D.* 2002, n° 26, J., pp. 2079-2082 ; H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : le malaise jurisprudentiel demeure », *D.* 2005, n° 26, Jur., pp. 1758-1762 ; H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : le retour à la lettre et à l'esprit de l'article L. 230-3 du Code du travail ? », *D.* 2006, n° 14, Jur., pp. 973-976 ; H. K. GABA, « Obligation de sécurité pesant sur le salarié : ombre et lumière jurisprudentielles », *Dr. Ouv.*, février 2011, n° 751, Doctr., pp. 114-122, *adde* les références citées.

160 Voir par exemple, H. K. GABA, « La dénonciation par le salarié de faits délictueux dans l'entreprise ne constitue pas en soi une faute », *D.* 2007, n° 11, J., pp. 894-897 ; H. K. GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus », *op. cit.*

Récemment, la Cour de cassation appliquant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans une affaire où un salarié a soutenu avoir été licencié pour un motif discriminatoire en ce qu'il lui était reproché le port de la barbe, a jugé que :

« Il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction applicable, et L. 1133-1 du Code du travail, mettant en œuvre en droit interne les dispositions des articles 2, paragraphe 2, et 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. Aux termes de l'article L. 1321-3, 2° du Code du travail dans sa rédaction applicable, le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Selon la Cour de cassation, il revient à l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, de préciser dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, la nature des restrictions qu'il entendait imposer au salarié en raison des impératifs invoqués.

Puis, la Cour de cassation décide, qu'« il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 mars 2017, *Micropole Univers*, C-188/15), que la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client.

Dès lors, la cour d'appel a exactement retenu que, si les demandes d'un client relatives au port d'une barbe pouvant être connotée de façon religieuse ne sauraient, par elles-mêmes, être considérées comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise peut justifier en application de ces mêmes dispositions des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives et, par suite, permet à l'employeur d'imposer aux salariés une apparence neutre lorsque celle-ci est rendue nécessaire afin de prévenir un danger objectif.

Ayant relevé que si l'employeur considérait la façon dont le salarié portait sa barbe comme une provocation politique et religieuse, il ne précisait ni la justifi-

cation objective de cette appréciation, ni quelle façon de tailler la barbe aurait été admissible au regard des impératifs de sécurité avancés, la cour d'appel a constaté, appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis et sans être tenue de s'expliquer sur ceux qu'elle décidait d'écarter, que l'employeur ne démontrait pas les risques de sécurité spécifiques liés au port de la barbe dans le cadre de l'exécution de la mission du salarié au Yémen de nature à constituer une justification à une atteinte proportionnée aux libertés du salarié »¹⁶¹.

Ces critères et exigences, qui découlent à la fois du droit du Conseil de l'Europe et de celui de l'UE, témoignent aujourd'hui de nouvelles politiques publiques applicables notamment dans les entreprises et surtout dans les rapports individuels et collectifs de travail.

II. Subordination juridique, contrat de travail et volonté du salarié : perspectives pour une horizontalité des pouvoirs dans l'entreprise

21. Le juriste allemand Rudolphe von Jhering dans son ouvrage « Le combat pour le droit », postule que « le droit est une idée pratique, c'est-à-dire indiquant un but, et toute idée de tendance est essentiellement double, car elle renferme une antithèse, le but et le moyen. Il ne suffit pas en effet de montrer le but, on doit encore faire connaître le chemin qui y conduit. Ce sont là deux questions dont il faut par conséquent que le droit nous donne partout la solution. Tout le droit n'est aussi, dans son ensemble comme dans chacun de ses titres et en réalité, qu'une continuelle réponse à cette double demande ».

« Tout droit dans le monde a dû être acquis par le combat, tous ces principes du droit qui sont aujourd'hui en vigueur, il a fallu d'abord les imposer par la lutte à ceux qui n'en voulaient pas, et tout droit, le droit d'un peuple comme celui d'un individu suppose que l'on est prêt à le défendre ».

Si on disait aux gens que « le droit c'est le combat, ils ne nous comprendraient pas, car il n'a jamais été pour eux que le règne de la paix et de l'ordre. (...) ces riches héritiers qui ayant recueilli sans peine le fruit du travail des autres, nient

161 Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.743, à paraître au Bulletin 2020. Voir également : Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28.369, Bull. 2014, Ass. plén., n° 1 ; Cass. soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, Bull. 2013, V, n° 75 (sur les restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché) ; Cass. soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19.855, Bull. 2017, V, n° 200 (notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante).

P. BRIGITTE, « Signes religieux et neutralité en entreprise, quel équilibre par la norme ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, 2020, n°136, pp. 315-338 : L'auteur montre, au regard des jurisprudences de la Cour EDH, de la CJUE et des juridictions nationales, que le but légitime du bon fonctionnement de l'entreprise peut justifier, conformément à la loi, des restrictions au port de signes religieux, pourvu que cette légitimité soit précisée et motivée. Cette légitimité de la mesure doit être combinée au principe de proportionnalité, celui-ci étant variable selon les circonstances.

cette proposition : la propriété c'est le travail. (...) la propriété et le droit, peuvent se décomposer subjectivement de telle manière que la jouissance et la paix soient la part de l'un, le travail et la lutte celle de l'autre ».

« Le droit et la propriété sont vraiment la tête de Janus au double visage (...) »¹⁶².

Olivier Jouanjan, dans sa présentation de cet ouvrage, résume, en termes de théorie du pouvoir, la pensée de ce juriste allemand : « Selon lui, le droit serait l'expression d'un rapport de force, les plus forts imposant aux autres un système de règles garanties par la contrainte »¹⁶³.

Concernant justement cette théorie du pouvoir et ce rapport de force appliqués aux relations de travail, le sociologue Michel Crozier¹⁶⁴, à l'occasion de la publication du livre précité « Réforme de l'entreprise » de François Bloch-Lainé, a donné son analyse critique sur les propositions de cet auteur. En effet, trois grandes thématiques ou problématiques étaient abordées dans cet ouvrage : la place du personnel au sein de l'entreprise ; connaître et dire le vrai dans les affaires ; le recrutement et la légitimité des dirigeants des entreprises.

Au titre de la place du personnel dans l'entreprise, selon Michel Crozier, « M. Bloch-Lainé a le très grand mérite, en effet, de transformer en idée-force et de diffuser en formules frappantes la distinction que les recherches avaient peu à peu dégagée entre le rôle de contestation et le rôle de participation que doivent nécessairement jouer à la fois les institutions représentant le personnel. (...) syndicats et patrons doivent travailler à la fois côte et face à face. Participation et contestation s'appuient mutuellement et sont nécessaires l'une à l'autre, mais elles s'annulent si on commet l'erreur de les confondre ».

Le sociologue, toutefois, regrette « que la notion de participation soit insuffisamment définie et envisagée seulement sous l'angle formel ou politique. En fait, c'est à travers toute la chaîne hiérarchique que le personnel participe, et on ne peut faire participer sérieusement les représentants du personnel au sommet que si l'appareil hiérarchique s'assouplit et se décentralise tout en gardant son efficacité. Sinon, il ne s'agira que d'un faux semblant qui ouvrira la voie à tous les risques de manipulation ».

Quant à la question « comment peut-on connaître et dire le vrai dans les affaires ? », il approuve François Bloch-Lainé de l'avoir abordée « avec vigueur en mettant en relief à quel point tous les rapports humains qui se nouent dans l'entreprise et autour de l'entreprise sont faussés par le manque de confiance et l'impossibilité de connaître et de dire le vrai ». (...) Mais si l'analyse des faits est

162 R. D'HERING, *Le combat pour le droit*, traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydiou, Vienne, G. J. Manz, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, pp. 1-2 : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k74379g/f20.item>.

163 R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Présentation d'Olivier Jouanjan, Dalloz, collection Bibliothèque Dalloz, 2006.

164 C. MICHEL, « À propos de la Réforme de l'entreprise », *Sociologie du travail*, janvier-mars 1964, n° 1, pp. 88-90 : <https://doi.org/10.3406/sotra.1964.1178>.

suggestive, les solutions auxquelles l'auteur a songé ne sont-elles pas beaucoup trop juridiques ? Les sciences humaines tendent à montrer que tout système de communication reste dépendant des relations de pouvoir qui s'établissent nécessairement entre les individus et les groupes qui doivent communiquer. La qualité de l'information est influencée profondément par les arrangements institutionnels qui régissent sa circulation. Mais cette influence n'est pas directe : c'est seulement par la médiation des relations de pouvoir qu'elle peut agir ».

Enfin, s'agissant du gouvernement de l'entreprise, « M. Bloch-Lainé a raison de souligner que le rôle patronal (...) s'est transformé considérablement et tendra à se transformer de plus en plus. (...) le patron ou le manager n'est plus l'autocrate de jadis, soumis seulement à la sanction du marché, mais doit devenir de plus en plus un politique capable d'arbitrer entre les différents groupes qui constituent l'entreprise et entre les différents intérêts qui s'exercent sur elle au-dehors. La source de sa légitimité se transforme (...) ». Mais le sociologue s'interroge et répond : « Doit-on faire intervenir le droit dans des relations complexes et subtiles que les parties refusent d'avouer et où le consensus et la légitimité ne sont acquis qu'à travers tout un ensemble de chantages et de négociations ? Certes, tout le progrès va vers la prise de conscience des réalités et l'acceptation des conflits, qui sont d'autant moins néfastes qu'ils sont exprimés clairement. Expression toutefois ne signifie pas formalisation et passage au juridique. Le droit ne facilite pas forcément la communication. L'expérience de la société française montre, au contraire, que dans bien des domaines, en cristallisant des positions théoriques, il contribue au développement de pouvoirs parallèles irresponsables et entrave les communications plus qu'il ne les facilite (...).

Aussi souhaite-t-il « qu'après avoir disputé des buts, on s'attache plus systématiquement à l'étude des moyens et de leurs conséquences possibles, sans se limiter à cette arme bien trop lourde que constitue le droit ».

22. Ces différentes problématiques restent d'actualité dans un pays de tradition jacobine où le pouvoir dans sa conception, son fondement et sa pratique est centralisé, vertical, unitaire et hérité de la royauté dotée d'un pouvoir absolu de droit divin. Le pouvoir politique est appréhendé comme « la combinaison variable de relations commandement-obéissance (autorité) et domination-soumission (puissance) pour lesquelles s'effectue cette régulation »¹⁶⁵. L'organisation déconcentrée puis décentralisée de l'État introduit plus ou moins une certaine autonomie et une horizontalité caractérisées par une absence d'une tutelle étatique. Pourtant, même dans le cadre de la décentralisation, l'emprise de l'État, en l'occurrence la

165 J. W. LAPIERRE, *Vivre sans État ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Paris, Seuil, 1977, p. 16 ; J. W. LAPIERRE, *Le fondement mythique de la légitimité du pouvoir politique*, disponible sur <https://www.bibl.ulaval.ca/doelec/pul/dumont/fdchap11.html#SECJLA.2> ; Téléphore Ondo, *La responsabilité introuvable du chef d'État africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone. (les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, thèse pour le doctorat en droit public, 2005, p. 11-12 : <https://bu-documents.univ-reims.fr/theses/exl-doc/GED00000265.pdf> ; Ph. RIUTORT, « 14 - L'État », in Ph. Riutord (dir.), *Précis de sociologie*, Paris, PUF, 2014, pp. 527-559, spéc. pp. 528-535 (« l. Genèse et formation de l'État »).

puissance du pouvoir exécutif avec son caractère présidentiel, demeure surtout que l'autonomie des entités décentralisées n'est notamment pas accompagnée d'une véritable autonomie financière. Nos universités en témoignent.

Le pouvoir dans les entreprises, cellules sociétales, n'a pas dérogé, on l'a vu plus haut, à ce schéma qui évidemment a évolué dans le temps. Il existe aussi des salariés autonomes ou qui jouissent d'une certaine autonomie¹⁶⁶.

On peut reprendre la formule précitée de Bloch-lainé, à savoir que le patron ou le manager doit devenir de plus en plus un politique capable d'arbitrer entre les différents groupes qui constituent l'entreprise et entre les différents intérêts qui s'exercent sur elle au dehors.

Une évolution vers une objectivation et une horizontalité dans les rapports de travail semble découler des normes du Conseil de l'Europe et de l'UE qui en posent les prémisses sur la base du dialogue social avec son corollaire la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, et de la cogestion. Le dialogue social, qui pour le moment s'applique au plan collectif, doit logiquement et nécessairement s'élargir à l'avenir au plan individuel pour renforcer notamment le droit de réclamation ou de refus du salarié.

A. L'objectivation : l'introduction de nouveaux concepts

23. Le Conseil de l'Europe et l'UE sont à l'origine de cette politique d'objectivation des relations de travail. Le droit, issu des normes du Conseil de l'Europe et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) d'une part, et d'autre part des normes dérivées de l'UE consacrent de nouveaux concepts tels que « situation objective » « éléments objectifs », de « trouble objectif » « motif objectif »...¹⁶⁷

Ces nouveaux concepts semblent se substituer au subjectivisme ou encore à l'intime conviction ou à une appréciation liée au statut de l'employeur ou du

166 A. SUPIOT, *Les nouveaux visages de la subordination*, op. cit., spéc. pp. 133 et s. ; C. AUBERT et Th. AUBERT-MONPEYSSEN, *L'individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques*, préc. ; E. DOCKÈS, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », *Droit ouvrier*, 2019, pp. 1-8. Cet auteur cite un certain nombre de références utiles : « Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), E. Dockès coord., Proposition de Code du travail, Dalloz 2017, section relative aux salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps, art. 44-3 et s. Une première version de la partie relative au temps de travail de ce code a été publiée par la revue *Droit Social* 2016, pp. 422 et s. : les articles relatifs aux salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps y sont reproduits aux articles 17.3 et s. Les propositions de refonte de la partie du Code du travail relatives au temps de travail, proposées par la GR-PACT, ont été présentées sous forme de proposition de loi à l'Assemblée nationale, par 24 députés, le 27 avril 2016 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion3700.pdf>). (39) Cass. soc. 24 septembre 2008, n° 07-44.847 P ; Cass. soc. 6 octobre 2010, n° 05-43.530 D ; Cass. soc. 15 octobre 2014, n° 12-29.235 P. <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-02070764/document> ».

167 Sur l'ensemble de ces concepts : H. K. GABA, « La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit européen sur le droit national », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif (RRJ)*, 2^e trimestre 2013, n° 2012-4 pp. 1613-1626.

salarié à l'instar du principe naguère en vigueur, à savoir que « Le maître est cru sur son affirmation... ».

Dans ce nouveau cadre juridique, le principe du contradictoire est renforcé, en ce sens que les parties et les juges en cas de litige peuvent discuter et vérifier les éléments de preuve excipés par chacune d'elles. Ainsi l'employeur ne devrait pas au nom de la subordination juridique priver le salarié de pouvoir discuter objectivement de ses ordres pris suivant des critères objectifs.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a utilisé les notions de « critères objectifs » ou « justification objective » pour traiter des discriminations prohibées par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH)¹⁶⁸.

Le droit dérivé de l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vont consacrer et appliquer ces notions, notamment en matière de discrimination, de harcèlement sexuel et moral¹⁶⁹, de corruption au travail, en posant une présomption pouvant être combattue en cas de litige par la partie défenderesse qui doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹⁷⁰, ou à tout harcèlement¹⁷¹ ou aux déclarations ou au témoignage du salarié qui aurait relaté ou témoigné de bonne foi de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions¹⁷². Les critères à titre indicatif d'ordre de licenciement (individuel et collectif) pour motif économique n'échappent à cette objectivation¹⁷³.

168 Notamment : CEDH (Plénière), 23 juillet 1968, Req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/Belgique ; 13 juin 1979, Req. n° 68330/74, aff. Marckx c/Belgique ; 26 février 2002, Req. n° 36515/97, Frétté c/France.

169 Harcèlement moral : art. L. 1152-1 à L. 1152-6 et L. 1155-2 C. trav. ; art. 222-33-2 C. pén. Harcèlement sexuel : art. L. 1153-1 à L. 1153-6 et L. 1155-2 C. ; art. 222-3 et 225-1-1 C. pén. ; Pereira Brigitte, « Du harcèlement moral au harcèlement managérial. Les limites de l'objectivation légale », *Revue française de gestion*, 2013/4 (N° 233), p. 33-54. DOI : 10.3166/RFG.233.33-54. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2013-4-page-33.htm>.

170 Art. L. 1134-1 C. trav. ; art. 225-1 et s. C. pén. ; directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 22 (art. 8) ; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO, L 303 du 2 décembre 2000, p. 16 (art. 10) ; directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, JO, L 270 du 8 octobre 2002, p. 10 (art. 1) ; directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO, L 373 du 21 décembre 2004, p. 37 (art. 9) ; directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JO, L 204 du 26 juillet 2006, p. 23 (art.19).

171 Art. L. 1154-1 du C. trav.

172 Art. L. 1132-3-3 C. trav. (ancien art. L. 1161-1 abrogé par la loi « Sapin » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 10).

173 Art. L. 1233-5 et s. C. trav. également : la proposition de loi (texte n° 453, 2008-2009, de Ph. Adnot, déposée au sénat le 3 juin 2009 et devenue caduque) tendant à poser des critères objectifs aux offres de reclassement éventuellement proposées à certains salariés dans le cadre d'un plan de licenciement économique.

Les juridictions nationales, notamment les deux juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction et le Conseil constitutionnel, ont mis en application ces différentes normes et jurisprudences européennes.

24. Quel est le contenu de ces notions ?

D'une manière générale, ces notions sont définies au regard du contenu et du but poursuivi.

Ainsi, la CJUE, saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée qui prévoit un principe de non-discrimination interdisant un traitement moins favorable des travailleurs à durée déterminée que les travailleurs à durée indéterminée, à moins que le traitement différencié ne soit justifié par des raisons objectives¹⁷⁴, précise que la notion de « raisons objectives » (...) requiert que l'inégalité de traitement constatée soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet. Lesdits éléments peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre. « Le recours à la seule nature temporaire du travail du personnel de l'administration publique n'est pas conforme à ces exigences et n'est donc pas susceptible de constituer, à elle seule, une raison objective au sens de la clause 4, point 1, de l'accord-cadre (...) » (Points 72, 73 et 74)¹⁷⁵.

Pour rendre effective cette objectivité, il est listé les éléments jugés objectifs dans la loi ou en jurisprudence¹⁷⁶. Ce peut être soit une liste exhaustive et limitative d'éléments ou critères objectifs¹⁷⁷, soit une liste à titre indicatif¹⁷⁸.

Constituent dès lors des éléments objectifs : les charges de famille, l'âge, l'ancienneté, la rémunération, la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus¹⁷⁹, le niveau de responsabilité,

174 Accord-cadre conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, JO, L.175, p. 43.

175 CJUE, arrêt *Fracisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, 8 septembre 2011, C-177/10, ECLI:EU:C:2011:557.

176 Voir par exemple la notion jurisprudentielle de raison objective dans l'application du principe d'égalité de traitement : J. BARTHÉLEMY, « Le principe d'égalité de traitement, Difficultés de promotion », *Semaines sociales Lamy*, 28 septembre 2009, n° 1414, p. 6.

177 Décret n° 2012 du 9 janvier 2012 relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire (JO du 11 janvier 2012, p. 514) qui prévoit des catégories de personnel définies à partir de critères objectifs et limitatifs, précise que « ces catégories ne peuvent en aucun être définies en fonction du temps de travail, de la nature du contrat, de l'âge ou (...) de l'ancienneté des salariés » (art. 1^{er}).

178 Art. L. 1233-5 et s. C. trav. (critères d'ordre des licenciements).

179 CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-177/10, préc. (point 73).

le but et le contenu d'un acte communautaire¹⁸⁰, degré d'existence physique d'une société étrangère contrôlée en termes de locaux, de personnel et d'équipements¹⁸¹.

En revanche sont interdites par la loi, la race, l'origine ethnique¹⁸², la mention dans les entretiens individuels d'évaluation du salarié de ses activités prud'homales et syndicales et des absences qu'elles engendrent¹⁸³, la survenance d'un congé de maternité justifiant un refus de promotion professionnelle¹⁸⁴...

25. Quelles sont alors les finalités de ces notions aux fins d'objectivation ?

Leurs finalités déterminent à la fois leur périmètre d'application et l'office du juge. Certaines interviennent *a priori* ou en amont, car fondent ou justifient l'acte ou la situation en cause. D'autres, en revanche, interviennent *a posteriori* et intéressent le contentieux et particulièrement le débat contradictoire et l'aménagement de la charge de la preuve.

La CJUE, selon une jurisprudence constante, a jugé que « le choix de base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte »¹⁸⁵. La constatation ou l'appréciation d'une situation de droit ou de fait « doit reposer sur des éléments objectifs et vérifiables par des tiers »¹⁸⁶. Et un organe d'évaluation doit fournir des éléments objectifs aux autorités qu'il assiste sur les questions relevant de sa compétence¹⁸⁷.

180 CJCE, arrêt *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne* (point 45), 13 septembre 2005, C-176-03.

181 CJCE, arrêt *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue* (point 67), 12 septembre 2006, C-196-04.

182 Cons. const., 15 novembre 2007, décembre n° 2007-557 DC, (loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile) : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne saurait, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

183 Cass. soc., 5 août 2009, 08-40.988, Bull., n° 166.

184 Cass. soc., 16 déc. 2008, 06-45.262, Bull., n° 249.

185 CJCE, arrêt *Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne*, 13 septembre 2005, C-176-03, ECLI:EU:C:2005:542, point 45.

186 CJCE, arrêt *Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, 12 septembre 2006, C-196-04, ECLI:EU:C:2006:544, point 67) ; Décision 78/670/CEE de la Commission, du 20 juillet 1978, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (Politique de la concurrence/Ententes/Accords interdits), JO, L. 224 du 15 août 1978, p. 29 – 45 ; Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO, L. 222 du 5 septembre 2003, p. 3 – 23 : « Les situations de dépendance visées à l'article 15, § 2, du règlement (CE) n° 343/2003 s'apprécient, autant que possible, sur la base d'éléments objectifs tels que des certificats médicaux » (art. 11-2).

187 Règlement (UE) n° 691/2010 de la Commission du 29 juillet 2010 établissant un système de performance pour les services de navigation aérienne et les fonctions de réseau et modifiant le règlement (CE) n° 2096/2005 établissant les exigences communes pour la fourniture de services de navigation aérienne (691/2010/UE), JO, L. 201 du 3 août 2010, p. 1 – 22.

La finalité première de la notion est donc le contrôle juridictionnel des éléments objectifs fondant un acte. Ce contrôle du juge intervient *a posteriori*.

Ces notions peuvent être de droit et/ou de fait¹⁸⁸.

De plus, l'objectivation renforce les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense, incombant à la fois aux parties et au juge,¹⁸⁹ et permet de rendre effectifs certains principes comme les principes « à travail égal, salaire égal¹⁹⁰ », « d'égalité de traitement »¹⁹¹, « de non-discrimination »¹⁹², et certains droits (droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure¹⁹³, évaluation¹⁹⁴ et clause de variation de la rémunération¹⁹⁵ du salarié). En revanche, il est admis le motif tiré du trouble objectif (ou d'une perturbation) dans le

188 Décision 78/670/CEE de la Commission du 20 juillet 1978, préc. (point 94.4.) ; Cass. com., 28 janvier 1975, 73-10601, préc. ; 31 janvier 2012, 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, Bull. V, n° 16 : application des droits communautaire et national de la concurrence : « les termes "susceptibles d'affecter" énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire » ; Autorité de la Conc., décision n° 12-D-08 du 6 mars 2012 (points 261, 636 et 645) ; Cons. Conc., décembre n° 5-D-41 du 18 juillet 2005 (points 57 et 60) ; décembre n° 5-D-22 du 18 mai 2005 (points 23 et 30).

189 Par ex. : Cass. soc., 6 juillet 2011, 09-72.912 (JCP S 2011, 1446, note S. Brissy) : « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». Sur ces deux principes : F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, « Traité de procédure pénale », *Economica*, 2009, n°s 437 et s. et 469 et s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, « Procédure civile », *Précis Dalloz*, 30^e éd., n°s 731 et s. et 768 et s., précisent que les deux principes sont liés. Art. 6 et s., 14 et s. et 30 C. pr. civ.

190 Cass. soc., 29 octobre 1996, 92-43680, Bull., n° 359 ; 21 janvier 2009, 07-43.452, Bull., n° 15 ; M. Zylberberg, « Le principe "à travail égal, salaire égal" dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Bull. droit du travail, n° 82, avril, mai, juin 2008, 2^e trimestre 2008, *Etudes*, p. 3.

191 Cass. soc., 8 juin 2011, 10-14.725 ; 16 février 2012, 10-21.864, Bull. V, n° 76 : « au regard du principe d'égalité de traitement, la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, sauf s'il est démontré, par des justifications dont le juge contrôle la réalité et la pertinence, que la différence de rémunération résulte de l'application de règles de droit public ».

192 Cass. crim., 9 novembre 2004, 04-81.397, Bull. crim. 2004, n° 279 ; Cass. soc., 14 janvier 1999, 97-12.487, Bull., n° 24 ; 28 septembre 2004, 03-42.624, *ibid.*, n° 227 ; 7 février 2012, 10-19.505, Bull. 2012, V, n° 54 ; Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, pp. 48 et s. Adde la jurisprudence de la CEDH citée *supra*.

193 Ne viole pas l'article 5, § 3, de la Conv. EDH le maintien prolongé en détention provisoire de plus de quatre ans d'un homme mis en cause dans le cadre d'une enquête sur onze vols à main armée, dès lors que des raisons objectives pouvaient le justifier par la nécessité de mener une multitude d'actes d'enquête, le risque de pression sur les témoins et le risque de fuite ou de réitération. De surcroît, les autorités compétentes n'avaient pas négligé ce dossier qui portait sur onze infractions différentes et a nécessité une multitude d'actes de la part du juge d'instruction et des autorités menant l'enquête : CEDH, 18 octobre 2012, n° 60468/08, Rossi c/ France, préc., points 77-83.

194 Cass. soc., 17 octobre 2006, 05-40.393, Bull., n° 306 : « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié, et toute mesure contraire est abusive et donne lieu à dommages-intérêts » ; 20 février 2008, 06-40.085 et 06-40.615, *ibid.*, n° 38 : « les éléments objectifs dont faisait état l'employeur pour justifier une moindre progression salariale du salarié par comparaison avec ses collègues n'étaient pas établis ».

195 Cass. soc., 2 juillet 2002, 00-13.111, Bull., n° 229 : « une clause du contrat peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la

fonctionnement de l'entreprise causé soit par les absences répétées du salarié nécessitant son remplacement définitif¹⁹⁶, soit par des faits de la vie personnelle du salarié¹⁹⁷. Mais le trouble objectif dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire¹⁹⁸.

Ce contrôle a également pour effet, contrairement au passé, de rendre inopérants certains motifs de décision de l'employeur non fondés sur des éléments objectifs. C'est le cas notamment des licenciements pour mésentente entre salariés¹⁹⁹, ou pour perte de confiance²⁰⁰.

De même, la notion de « exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client²⁰¹.

Le législateur dans cette optique et transposant le droit de l'UE, va aménager, dans certains domaines, les règles concernant la charge de la preuve en élevant ainsi le degré d'exigence de l'administration de la preuve et de la motivation d'un acte²⁰².

Il est ainsi posé en cas de litige une présomption simple de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel et de corruption au travail. Le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, d'un harcèlement moral ou sexuel et d'une corruption au travail. Il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination²⁰³, ou à tout harcèlement²⁰⁴ ou aux déclarations ou au témoignage

rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels » ; 4 mars 2003, 01-41.864, inédit ; 20 avril 2005, 2 arrêts, 03-43.696 et 03-43.734, inédit.

196 Cass. soc., 13 mars 2001, 99-40.110, Bull. n° 84 ; 10 novembre 2004, 02-45.187, *ibid.*, n° 284 ; 25 janvier 2012, 10-26.502, *ibid.*, n° 21.

197 Cass. soc., 22 janvier 1992, 90-42.517, Bull., n° 30 ; 30 juin 1992, 89-43.840, *ibid.*, n° 429 ; 30 novembre 2005, 04-41.206, *ibid.*, n° 343. H. K. GABA, Licenciement pour cause inhérente à la personne du salarié : le cas d'un risque de conflit d'intérêts, D. 2006, n° 42, Jur., p. 2901-2904.

198 Ch. mixte, 18 mai 2007, 05-40.803, Bull., Ch. mixte, n° 3 ; Cass. soc., 23 juin 2009, 07-45.256, Bull., n° 160 ; 9 mars 2011, 09-42.150, Bull. V, n° 69 ; cependant un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail : Cass. soc., 27 mars 2012, 10-19.915, Bull. V, n° 106.

199 Cass. soc., 5 février 2002, 99-44.383, Bull., n° 50 : « la mésentente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables aux salariés ».

200 Cass. soc., 29 mai 2001, 98-46.341, Bull., n° 183 : « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; que seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur ».

201 Cass. soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 18-23.743, préc.

202 Voir *supra*.

203 Art. L. 1134-1 du C. trav.

204 Art. L. 1154-1 du C. trav.

du salarié qui aurait relaté ou témoigné de bonne foi de faits de corruption²⁰⁵ dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

À cet égard, la Cour de cassation dans un arrêt du 7 février 2012 a jugé « qu'eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve prévues par l'article L. 1134-1 du Code du travail, ne viole pas le principe de l'égalité des armes tel que résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁰⁶.

Le grief tiré de la violation du principe de l'égalité des armes est surprenant, paradoxal et laisse très perplexe en ce sens qu'il est demandé justement au défendeur de justifier sa propre décision par des éléments objectifs. Devant l'impossibilité de rapporter cette preuve contraire, le défendeur se réfugie théoriquement derrière le principe de l'égalité des armes.

En tout cas, le contrôle juridictionnel porte sur les éléments objectifs de droit et de fait.

Les juges, par une appréciation *in abstracto* et *in concreto* suivant le cas, doivent vérifier la réalité et la pertinence des justifications ou des raisons alléguées par les parties.

En matière d'ordre des licenciements, la Cour de cassation avait jugé que « si le juge ne peut, pour la mise en œuvre de l'ordre des licenciements, substituer son appréciation des qualités professionnelles du salarié à celle de l'employeur, il lui appartient, en cas de contestation, de vérifier que l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles du salarié ne procède pas d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir.

La cour d'appel qui, sans modifier les termes du litige, ni manquer à la contradiction, constate que l'appréciation par l'employeur des qualités professionnelles de la salariée avait été faussée par sa volonté d'éviter le licenciement d'un salarié moins ancien, en raison du coût de ce licenciement pour l'entreprise, a ainsi caractérisé un détournement de pouvoir²⁰⁷. En l'espèce, l'employeur faisait grief à l'arrêt d'appel de l'avoir condamné à payer à cette salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour perte injustifiée d'emploi alors que la discussion portait uniquement sur le point de savoir si le salarié, embauché dans le cadre d'un contrat aidé, aurait ou non dû figurer parmi les salariés évalués, et si sa présence dans ces conditions n'entraînait pas une méconnaissance des critères d'ordre de licenciement ; qu'à aucun moment, la salariée ne contestait la manière dont elle avait été notée, que, dès lors, en jugeant que la notation de la salariée n'avait pas été faite objectivement, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige et a violé l'article 4 du Code de procédure civile. Or, la cour d'appel a relevé que les « critères professionnels n'ont pas été notés

205 Art. L. 1132-3-3 du C. trav.

206 Cass. soc., 7 février 2012, 10-19.505, Bull. V, n° 54.

207 Cass. soc., 24 septembre 2014, 12-16.991, Bull., V, n° 201.

de manière objective », que la « notation visait à avantager » un salarié « au détriment » d'une salariée, « suffisamment pour effacer l'avance de trois points acquise par » elle « au titre des critères personnels et permettre son licenciement plutôt que celui » du salarié. « En effet, ce dernier avait été embauché dans le cadre d'un contrat initiative emploi, ce qui permettait » à l'employeur « d'obtenir une aide de l'État pouvant aller jusqu'à 47 % du salaire (article L. 5134-72-1 du Code du travail) et son licenciement aurait obligé la » société-employeur « à reverser l'intégralité des sommes déjà perçues à ce titre (article R. 5134-69 du Code du travail) ». Ainsi la salariée avait été « victime de l'application biaisée des critères d'ordre, qui a conduit à la perte injustifiée de son emploi »²⁰⁸.

Enfin, les juges disposent en matière d'éléments objectifs de fait d'un pouvoir souverain d'appréciation²⁰⁹. En revanche, la qualification juridique des faits relève du contrôle de la Cour de cassation²¹⁰.

B. Approche globale et intégrée, prise en compte des intérêts individuels des salariés et dialogue social : vers un pouvoir horizontal

26. Les normes internationales et nationales obligent à une approche globale, intégrée et effective des problématiques de l'entreprise et donc des droits et libertés du salarié qui en découlent. Cette approche nécessite un dialogue social et doit prendre en compte la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise. Et ce principe du dialogue social au plan collectif mériterait, pour son efficacité, d'être décliné au plan individuel.

1. Approche globale et effective : le cas de la prévention des risques professionnels

27. Les normes européennes préconisent en cette matière un dialogue et des charges équilibrées entre employeur et salariés. Il s'agit d'une stratégie globale et

208 Mensuel du droit du travail n° 57, septembre 2014 : https://www.courdecassation.fr/publications_26/archives_9929/mensuel_droit_travail_2230/mensuel_droit_travail_2014_6637/travail_n_6992/f_rupture_contrat_travail_30856.html.

209 Par ex. : Cass. civ. 1^{re} 5 octobre 1994, 90-21.695, inédit (à propos de la fixation par la cour d'appel de la valeur d'un immeuble au jour de sa décision alors qu'il lui est fait grief d'avoir statué sans rechercher comme elle y était invitée s'il existait des raisons objectives justifiant que le prix retenu par l'expert soit arrondi à une tranche supérieure) ; Cass. soc., 7 février 2012, 10-19.505, Bull. V, n° 54 : « la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, relevé (...) » ; X. BACHELIER, « Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond », BICC, n° 702, 15 mai 2009, p. 18 et spéc. p. 21 : « pouvoir souverain veut pas dire pouvoir discrétionnaire » ; Ch. CHARRUAULT, *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits*, op. cit., p. 24.

210 Sont ainsi employées les expressions suivantes : « la cour d'appel a pu en déduire » ou « a pu décider » : Cass. soc., 7 février 2012, 10-19.505, préc. (discriminations) ; 16 février 2012, 10-21.864, préc. (principe d'égalité de traitement) ; 4 février 2009, 07-41.406, 07-41.407, 07-41.408, 07-41.409, 07-41.410, *ibid.*, n° 35 (principe « travail égal, salaire égal »).

efficiente, qui ne semble pas évidente dans le cadre classique de la subordination juridique. Les acteurs de la prévention ont un rôle actif d'initiative, d'évaluation et d'élimination du risque.

En effet, l'article 13, paragraphe 1, de la directive CEE n° 89-391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail²¹¹, semble préconiser une cogestion du risque par le salarié et l'employeur (*cf.* article 13, paragraphe 2-d, e et f). L'employeur et le salarié ont des obligations spécifiques à cette fin.

En revanche, la rédaction de l'article L. 4122-1 du Code travail, issue de la transposition de cette directive, maintient, *a priori*, la mise en œuvre de obligation de sécurité du salarié dans le cadre classique de la subordination juridique par la formule *in limine* « conformément aux instructions (...) données par l'employeur (...) » alors que la rédaction de l'article 13 de la directive semble faire des « instructions » de l'employeur une condition de mise en œuvre de cette obligation au même titre que la « formation » et les « possibilités » du salarié²¹².

La CJUE, dans un arrêt du 5 juin 2008, a condamné la France pour manquement à ses obligations communautaires pour transposition non conforme des articles 2, 10, paragraphe 1, et 12, paragraphe 3 et 4 de cette directive²¹³. À cette occasion, elle a rappelé que la directive 89/391 « n'a pas seulement pour objet d'améliorer la protection des travailleurs contre les accidents du travail et la prévention des risques professionnels, mais vise également à mettre en œuvre des mesures spécifiques d'organisation de cette protection et de cette prévention » (point 48). La directive « comprend, parmi ses objectifs, un dialogue et une participation équilibrée des employeurs et des travailleurs en vue de l'adoption des mesures nécessaires à la protection de ces derniers contre les accidents du travail et les maladies professionnelles » (point 49).

Afin d'assurer sa pleine efficacité, « l'ordre juridique des États membres doit donc tenir compte de la répartition des activités de protection et de prévention

211 JOCE L. 183 du 29 juin 1989, p. 1-8. À propos des modifications et corrections successives à la directive 89/391/CEE : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11113>.

212 Sur cette question, H. K. GABA, « Rentabilité économique et accidents du travail », *Les Petites Affiches*, 25 février 1998, n° 24, pp. 21-29 ; H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : conditions de sa mise en œuvre et de sa sanction », *D. 2002*, n° 26, J., pp. 2079-2082 ; H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : le malaise jurisprudentiel demeure », *D. 2005*, n° 26, Jur., pp. 1758-1762 ; H. K. GABA, « L'obligation de sécurité salariée : le retour à la lettre et à l'esprit de l'article L. 230-3 du Code du travail ? », *D. 2006*, n° 14, Jur., pp. 973-976 ; H. K. GABA, « Obligation de sécurité pesant sur le salarié : ombre et lumière jurisprudentielles », *Dr. Ouv.*, février 2011, n° 751, Doctr., pp. 114-122 ; H. K. GABA, « Obligation de sécurité de résultat de l'employeur : possibilité d'une cause exonératoire de responsabilité et office du juge », *JSL*, 21 juin 2012, n° 324, pp. 18-21 ; H. K. GABA, « Réorganisation de l'entreprise et santé et sécurité au travail », *JCP S*, 15 avril 2014, n° 15, Doctr. 1146, p. 7-11 ; L. JUBERT, *L'organisation du travail et la prévention des risques professionnels*, Thèse de doctorat Droit. Université de Nanterre – Paris X, 2019, ffNNT : 2019PA100121ff. fftel-02505629f.

213 CJCE (1^{re} ch.), arrêt *Commission c. Rép. française*, 5 juin 2008, C-226/06, ECLI:EU:C:2008:318 ; RJS 10/08, n° 1053 ; « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *ibid.*, note F. Meyer et M. Schmitt, p. 763.

établie par ladite directive, qui définit, de façon claire et précise, sous des sections différentes, les obligations s'imposant aux employeurs et celles incombant aux travailleurs » (point 50).

Or, constate la cour, le Code du travail n'opère pas une telle différenciation des obligations respectives des employeurs et des travailleurs (point 51). La Cour précise à cet effet que les articles L. 4121-1 à L. 4121-5 et L. 4122-1 du Code du travail, se rapportent respectivement « aux seules obligations générales des employeurs » et à « l'obligation générale en matière de sécurité et de santé » à la charge du travailleur. Ces dispositions ne sont pas « de nature à assurer la transposition ni des dispositions de l'article 13, paragraphe 2, sous a) et c), de la directive 89/391 ni de celles sous e) et f) du même article. Le fait que les obligations incombant aux travailleurs doivent être assumées conformément aux instructions données par l'employeur ne revêt, à ce titre, aucune pertinence. » (Points 51 et 52).

Ces deux obligations *a priori* interdépendantes ne peuvent être effectives sans la participation des salariés qui en sont à la fois l'objet, les débiteurs et en définitive les co-acteurs.

La finalité effective de la politique de prévention des risques professionnels ne peut être atteinte, lorsque l'employeur défend cette position : « sauf disposition légale contraire, l'employeur décide seul de l'organisation du travail dans le cadre de son pouvoir de direction ; que le juge saisi à titre préventif ne peut s'ingérer dans l'exercice de ce pouvoir, sauf lorsque l'organisation adoptée enfreint une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement »²¹⁴. La Cour de cassation a admis cette position patronale sous la condition que l'employeur ne prenne pas des mesures compromettant la santé et la sécurité des salariés.

Paradoxalement, pour constater, en l'espèce, l'existence des mesures compromettant la santé et la sécurité des travailleurs, seuls ces derniers et leurs représentants sont les mieux placés. L'intervention du juge n'est possible que si le risque se réalise. Or la prévention permet de prévoir, d'évaluer et d'éliminer le risque. Ce qui suppose nécessairement un débat contradictoire permanent entre les différents acteurs sur le constat puis sur les mesures à prendre. Le contrôle ou l'arbitrage judiciaire *a posteriori* ne peut seul être l'apanage dans une matière qui est par essence dynamique contrairement au temps judiciaire qui est statique. La décision judiciaire est déjà dépassée au moment de son prononcé. Dans les affaires jugées, il est patent l'absence de dialogue et de participation équilibrée des employeurs, des travailleurs et des autres acteurs (médecin du travail, inspecteur du travail, caisses d'assurance retraite et de la santé au travail, institutions représentatives du personnel, etc.), en vue de l'adoption des mesures de protection et de prévention

214 Cass. soc., 5 mars 2008, 06-45888, S A Sncma c. Synd. CGT Sncma Gennevilliers, Bull. civ. V, n° 46 : À propos d'une action syndicale tendant à faire suspendre par le TGI la mise en œuvre d'une réorganisation de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs.

conformément aux préconisations de la directive 89-391 rappelées dans l'arrêt du 5 juin 2008 précitée de la CJUE²¹⁵. Le pouvoir de direction de l'employeur semble omnipotent en pratique sous contrôle *a posteriori* du juge.

2. Approche globale, effective et intégrée : l'articulation entre vie professionnelle et vie privée

28. Dans le même esprit que la politique de prévention des risques professionnels, les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT)²¹⁶, du Conseil de l'Europe²¹⁷ et de l'Union européenne (UE)²¹⁸ préconisent également la même démarche en ce qui concerne la conciliation entre vie professionnelle et vie privée par notamment la prise en compte des obligations ou responsabilités familiales du salarié dans la mise en œuvre du contrat de travail²¹⁹. Outre les cas particuliers listés

215 AFP, Santé et sécurité au travail : une entreprise sur 4 sans plan d'action, publié le 19 juin 2017 à 8 h 49 : https://www.lepoint.fr/economie/sante-et-securite-au-travail-une-entreprise-sur-4-sans-plan-d-action-19-06-2017-2136418_28.php : « Plus huit entreprises sur dix recensent les risques professionnels pesant sur leurs salariés, mais un quart d'entre elles n'ont pas mis en place de plan d'action pour prévenir et réduire ces risques (...) Selon cette étude réalisée par Previsoft, filiale du cabinet Atequacy, spécialiste de la prévention et de la gestion des risques professionnels, 84 % des 300 entreprises interrogées disent avoir réalisé le "document unique d'évaluation des risques professionnels", obligatoire depuis 2001 et qui doit être mis à jour chaque année ».

Toutefois, en vertu de l'article L. 2251-1 du Code du travail qui dispose qu'une convention ou un accord collectif de travail ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public, les dispositions d'un accord collectif « qui autorisaient l'employeur, dans le domaine du transport sanitaire, à ne pas assurer directement l'entretien de la tenue de travail des ambulanciers en leur allouant une indemnité, étaient contraires aux dispositions des articles L. 4121-1, L. 4121-2 et R. 4422-1 du Code du travail qui font obligation à l'employeur de prendre les mesures de prévention nécessaires pour supprimer ou réduire les risques professionnels résultant de l'exposition aux agents biologiques, et à ce titre, d'assurer lui-même l'entretien et le nettoyage des tenues professionnelles » (Cass. soc., 23 septembre 2020, FS-P+B, n° 18-23.474).

216 C 156 Convention concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, adoptée le 23 juin 1983 et entrée en vigueur le 11 août 1983. L'article 1^{er} précise son domaine qui vise les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités d'une part à l'égard de leurs enfants à charge, lorsque ces responsabilités limitent leurs possibilités de se préparer à l'activité économique, d'y accéder, d'y participer ou d'y progresser et, d'autre part à l'égard d'autres membres de leur famille directe qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien. L'article 8 pose le principe fondamental suivant lequel « les responsabilités familiales ne peuvent, en tant que telles, constituer un motif valable pour mettre fin à la relation de travail ». Concernant le Conseil de l'Europe : Cons. Europe, Ass. Parlementaire, Recommandation n° 1789 (2006) du 6 octobre 2006, relative à la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.

217 L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) protège la vie privée et familiale de l'individu. Art. 27 de la Charte sociale européenne révisée (1996), n° 163, du 18 octobre 1961 Cons. Europe, Ass. Parlementaire, Recommandation n° 1789 (2006) du 6 octobre 2006, relative à la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.

218 Directive 97/81/CE du 15 déc. 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, JO, L.14/9 du 20 janvier 1998, prévoit cette conciliation vie familiale/vie professionnelle. La Charte des droits fondamentaux de l'UE dans son article 33 intitulé « Vie familiale et vie professionnelle ».

219 Cf. art. L. 1121-1 et s., L. 1132-1 et L. 1142-1 C. trav., interdiction pour l'employeur de prendre en compte « la situation de famille » du salarié : Sur cette notion tout aussi insaisissable : Cass. soc., 10 février 1999, Bull. civ. V, n° 61 ; 1^{er} juin 1999, *ibid.*, n° 249 ; JCP E 1999, p. 1929, note M. Miné ; J.-F. Cesaro, Le Code du travail est pavé de bonnes intentions, loi n° 2006-340, 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, JCP S 2006, doct. 1273, spéc. n° 28. Cette loi a ajouté la grossesse à la liste de cas de discriminations interdites ; Code du travail : art. L. 1225-47 (Congé parental d'éducation et passage à temps partiel) ; Article L. 3122-12 (travail de nuit incompatible avec des obligations familiales impérieuses) ; art. L. 3123-12

par la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation a étendu notamment le champ d'application des obligations familiales à l'ensemble des contrats de travail²²⁰.

Selon l'Union européenne, cette articulation postule des « stratégies globales et intégrées »²²¹. Etudes, rapports officiels, recommandations, résolutions, législations nationales, communautaires et internationales²²² considèrent que cette articulation constitue un enjeu majeur pour les pouvoirs publics ou un impératif national et économique²²³, un élément essentiel du développement de la société et un objectif de l'Union européenne²²⁴.

Cette politique publique des relations de travail, qui modifie sensiblement l'économie du contrat de travail, se fonde essentiellement, semble-t-il, sur le principe de l'égalité de chances et de traitement pour les hommes et les femmes du fait que la charge de la conciliation repose essentiellement sur les femmes.

La mise en oeuvre effective de cette politique nécessite également un dialogue social effectif, une organisation du travail et une gestion permanentes et évolutives des ressources humaines au regard des éléments de diagnostic, des acteurs privilégiés et des procédures internes idoines. L'objectivisation et la prise en compte de la situation ou de la volonté du salarié ne sont pas antinomiques.

(modification de la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon des modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter cette modification ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement dès lors que cette modification n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses) ; art. L. 1251-58-2 (respect de la vie personnelle et familiale du salarié dans le cadre du contrat de travail à durée indéterminée intérimaire) ; art. L. 5411-6-1 (prise en compte de la situation personnelle et familiale dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi) ; art. L. 2312-36 (base de données économiques et sociales portant notamment sur l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale).

- 220 Sur cette question, H. K. GABA, « Obligations familiales impérieuses et mise en œuvre du contrat de travail », préc. ; H. K. GABA, « Pouvoir de direction de l'employeur et respect du droit à la vie personnelle et familiale et au repos du salarié », préc.
- 221 Troisième programme d'action à moyen terme pour l'égalité des chances entre femmes et hommes (1991-1995), Proposition de la Commission, COM (90) 449 final, JO C 142 du 31 mai 1991.
- 222 C 156 Convention concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, adoptée le 23 juin 1983 et entrée en vigueur le 11 août 1983. Concernant le Conseil de l'Europe : Cons. Europe, Ass. Parlementaire, Recommandation n° 1789 (2006) du 6 octobre 2006, relative à la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.
- 223 Ministère délégué à la Famille, Rapport du groupe du travail « La prise en compte, par les entreprises, de l'articulation entre la vie familiale et la vie professionnelle des salariés », Doc. fr., 2002 : « Au début des années soixante, le taux d'activité des femmes de 25 à 49 ans était de 40 % ; il est de 80 % aujourd'hui. » ; Ministère délégué à la famille, Rapport du groupe du travail « Familles et entreprises », 2003 ; V. Péresse, Mieux articuler vie familiale et vie professionnelle, Rapport au premier ministre, Doc. fr., 2007 ; Sur ce dernier rapport, voir les critiques de D. Méda, Ça va mal, ne changeons rien, Le Monde du 22 février 2007, p. 19 ; Avis du Comité économique et social européen sur « La famille et l'évolution démographique », JO C 161/66, du 13 juillet 2007.
- 224 Article 33, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Résolution du Conseil et des ministres de l'emploi et de la politique sociale, du 6 juin 2000, relative à la participation équilibrée des femmes et des hommes à la vie professionnelle et à la vie familiale, JO, C. 218 31 juillet 2000 ; Résolution du Parlement européen sur la protection de la famille et de l'enfant, JO, C. 128 7 mai 1999, p. 79.

3. Pour un dialogue social horizontal au plan des relations individuelles de travail

29. Le phénomène « pouvoir », bien étudié en théorie (voir vos développements supra) suivant les disciplines intéressées, donne sa quintessence lorsqu'il est confronté à la réalité ou plus précisément lorsqu'il est exercé. L'exercice du pouvoir n'est que l'expression de la volonté de son auteur/titulaire/représentant.

Mais la pratique du pouvoir ne s'embarrasse pas de théories. Si ces dernières existaient, elles ne constitueraient qu'un paravent au pouvoir concerné. Il suffit de lire, à titre d'exemple, les ouvrages, les études de droit constitutionnel ou de sciences politiques sur la pratique de la V^e République en France. Personne ne peut nier que la pratique du pouvoir reste pyramidale, hiérarchique, verticale, ceci au profit du président de la République et donc au détriment, d'une part du parlement considéré comme une chambre d'enregistrement et, d'autre part, du premier ministre malgré la lettre de l'article 20 de la Constitution : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation (...) ». Une notion corollaire est incarnée par la *realpolitik*²²⁵ dont le contenu varie au gré des intérêts en jeu.

En outre, la théorie de la citoyenneté développée par les auteurs²²⁶ est très séduisante, mais ne résiste pas à la pratique du pouvoir. Cette pratique a mis en exergue le recul ou la fragilité de la notion d'« intérêt de l'entreprise », comme appartenant au pouvoir souverain de l'employeur. Les notions d'employeur, d'entreprise, de gouvernement d'entreprise, de pouvoir économique... cachent ainsi un mode de management des salariés. Elles constituent souvent un paravent pour les dirigeants salariés ou salariés cadres²²⁷ dont les volontés sont parfois

225 Sur cette notion, J. BEW, *Realpolitik – À History*, Oxford University Press, décembre 2015, 408 pp. ; A. K. GAYAN, « La *Realpolitik*, élément incontournable des relations internationales », *Revue internationale et stratégique*, 2007, n° 67, pp. 95-104.

226 J. AUROUX, « Les droits des travailleurs », *Rapport au Président de la République et au premier ministre*, septembre 1981, préc. ; B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle*, op. cit.

227 Voir par exemple les critères permettant de retenir le statut de cadre, prévus par l'article 4 de la convention collective de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et l'article 2 de l'accord national interprofessionnel (ANI) instituant le régime Agirc-Arrco de retraite complémentaire du 17 novembre 2017 : « (...) Sont considérés comme ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres, au sens de l'alinéa précédent, les voyageurs et représentants qui répondent à l'un au moins des trois critères suivants :

- a) avoir une formation technique, administrative ou commerciale équivalente à celle des cadres de l'entreprise (ou à défaut de cadre dans l'entreprise, équivalente à celle des cadres de la profession) et exercer des fonctions requérant la mise en œuvre des connaissances acquises ;
- b) exercer par délégation de l'employeur un commandement sur d'autres représentants ;
- c) exercer des fonctions impliquant initiative, responsabilité, et pouvoir être considérés comme ayant délégation de l'autorité du chef d'entreprise. » ; Confédération Française de l'Encadrement, Confédération Générale des Cadres, Commissariat Général du Plan, « La Notion et le statut juridique du cadre : rapport final, janvier 1995 », La Documentation Française : <https://www.vie-publique.fr/rapport/25159-la-notion-et-le-statut-juridique-du-cadre-rapport-final> ; Jean-Yves Kerbourc'h, « Les cadres et l'emploi, Aspects légaux, conventionnels et statistiques », France stratégie, Documents de travail, n° du 7 juillet 2020, spéc. ; pp. 46 et s. : « Le principal enjeu de la qualification de cadre tient aux droits et aux obligations que cette reconnaissance emporte » : <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2020-dt-cadres->

en contradiction avec l'intérêt collectif de l'entreprise en tant que forme d'organisation ayant des finalités²²⁸. Encore faut-il préciser que les cadres peuvent négocier l'économie ou le contenu de leur contrat de travail. Et surtout que les conventions collectives qui leur sont applicables prévoient et encadrent d'ailleurs cette possibilité de négociation dont le résultat est intégré dans le contrat de travail²²⁹.

30. Peut-on diriger et organiser une activité, une entité sans nécessairement user de la subordination juridique ?

-
- emploi-aspects-legaux-02-juillet.pdf ; Sabahe Tahtah. « Les cadres et le droit du travail », Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2017 : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01807824/document> ; « Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), E. Dockès coord., « Proposition de Code du travail », Dalloz 2017, section relative aux salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps, art. 44-3 et s. Une première version de la partie relative au temps de travail de ce code a été publiée par la revue Droit Social 2016, pp. 422 et s. : les articles relatifs aux salariés autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps y sont reproduits aux articles 17.3 et s. Les propositions de refonte de la partie du Code du travail relatives au temps de travail, proposées par la GR-PACT, ont été présentées sous forme de proposition de loi à l'Assemblée nationale, par 24 députés, le 27 avril 2016 (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion3700.pdf>). (39) Cass. soc. 24 septembre 2008, n° 07-44.847 P ; Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 05-43.530 D ; Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 12-29.235 P. <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-02070764/document> », cité in Emmanuel Dockès, « Le salariat des plateformes à propos de l'arrêt TakeEatEasy », préc., spéc. p. 8.
- 228 La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation de l'Entreprise), JORF n° 0119 du 23 mai 2019, texte n° 2, promeut l'intérêt social et la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) :
 Art. 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».
 Art. 1835 du C. civ. : « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».
 Le législateur a repris l'essentiel du rapport établi par Voir Nicole Notat et Jean-Dominique Senard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* », Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, 9 mars 2018 sur les résultats de la mission « Entreprise et intérêt général », lancée le 5 janvier 2018 (lettre de mission du 11 janvier 2018) : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/entreprise_objet_interet_collectif.pdf.
 La société Danone, multinationale alimentaire française, est la seule entreprise du CAC 40 qui a opté pour « le régime juridique des "entreprises à missions". Elle avait inscrit dans ses statuts une "raison d'être" avec des objectifs sociaux, sociétaux et environnementaux ambitieux » : Le Canard enchaîné, « Privé de Danette », n° 5236 du 17 mars 2021, p. 1. Voir aussi les statuts (article 1^{er}) de cette entreprise : <https://www.danone.com/content/dam/danone-corp/danone-com/investors/fr-by-laws/2018/bylaws/Statuts%20au%2022%20juillet%202020.pdf> ; et « objectifs Danone 2030 » : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/our-company-goals.html>.
 La société coopérative d'intérêt collectif (Scic) (forme SA, SAS ou SARL) a « pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Ces biens et services peuvent notamment être fournis dans le cadre de projets de solidarité internationale et d'aide au développement » : Article 19quinquies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifiée par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 – art. 33 ; N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN (dir.), *Vers une république des biens communs ? Les liens qui libèrent*, 2018, 320 pp. ; M. LALLEMENT, *Un désir d'égalité, vivre et travailler dans des communautés utopiques*, Paris, Seuil, 2019, 560 pp.
- 229 Voir par exemple, A.-C. ALIBERT, *Les Cadres quasi-indépendants : du contrat de travail au contrat d'activité dépendante*, Thèse de doctorat Droit, Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2005.

À l'évidence, la subordination juridique comme substrat du pouvoir de l'employeur pose des difficultés dans la mise en œuvre du contrat de travail que d'aucuns préfèrent requalifier en ces termes : « La définition des modalités d'exécution des obligations contractuelles par l'employeur n'est pas, en soi, un gage de subordination juridique. (...) les conditions de travail n'étant pas dans le contrat et ressortissant plutôt à l'organisation du travail, le pouvoir hiérarchique ne peut pas être le critère du contrat de travail. Délimité par son objet même, il n'est pas plus que lui dans le contrat »²³⁰.

Un auteur²³¹ qui observe que ce pouvoir de l'employeur est aussi la justification première du droit du travail, montre son caractère anachronique et son inefficacité économique en France en dépit et à contre-courant de l'évolution socio-économique, technologique, etc.

En tout cas, « le pouvoir est au cœur du fonctionnement de l'entreprise. Le pouvoir patronal de direction réside dans la faculté de décision de l'employeur. (...) C'est à l'exercice effectif du pouvoir qu'il conviendra de se référer pour désigner le titulaire. (...) Pour avoir une utilité, les normes encadrant le pouvoir de direction doivent faire l'objet d'un contrôle de la part d'autorités aptes à en assurer le respect »²³².

31. L'utilité des normes, encadrant le pouvoir de direction, et l'efficacité du contrôle des autorités, qui en assurent le respect, ne doivent-elles pas être précédées d'une reconnaissance d'un droit de refus, de discussion, de réclamation,²³³ lui aussi effectif dans l'entreprise ?

La subordination juridique apparaît souvent comme un mode commode pour se débarrasser sans conséquence d'un salarié poussé directement ou indirectement à la faute, à savoir la désobéissance, l'insubordination (faute grave), ceci sans possibilité de discussion ou de contestation préalable. Le seul recours est la voie judiciaire. On peut donc avancer que la subordination juridique n'est autre qu'une renonciation par avance du salarié à ses droits élémentaires pendant la vie du contrat de travail.

Il s'agit ici de rendre applicables, dans les rapports de travail, certains principes déjà en vigueur.

Notre étude, portant sur le refus du salarié,²³⁴ a fait apparaître des cadres juridiques différents et hétéroclites, en fonction non seulement de son statut de salarié

230 B. BOUBLI, *Le lien de subordination juridique : réalité ou commodité ? Réflexions sur la définition du contrat de travail à l'orée du XXI^e siècle*, op. cit.

231 E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.* 2004, p. 620. L'auteur distingue entre acte juridique de pouvoir et fait du pouvoir.

232 F. VARCIN-VERDUN, *Le pouvoir patronal de direction*, Thèse de doctorat en Droit, Lyon 2, 2000, spéc. le résumé de la thèse.

233 J.-N. RETIÈRE, « Le droit de réclamation » in J.-P. Le Crom, *les manufactures de l'État : ses avatars historiques de 1862 à 1914, Les acteurs de l'histoire du droit du travail. Actes du Colloque de Nantes, 18 au 19 septembre 2003*, Rennes, Presses universitaires de Rennes (PUR), 2004, spéc. p. 357 ;

234 H. K. GABA, *Le refus du salarié et ses vicissitudes : pour un droit commun et autonome de refus (les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu)*, op. cit.

ordinaire ou protégé, mais également de la situation juridique envisagée, modification du contrat ou changement des conditions de travail, de ses droits et libertés, de l'ordre public absolu... Mais l'élément commun à toutes ces situations vient de l'absence de la liberté d'expression justifiée suivant le cas par la subordination volontaire et juridique du salarié à son employeur. Cette justification ne résiste pas à la critique, car la contestation vient du salarié qui considère que sa subordination n'autorise pas un abus de pouvoir de l'employeur au regard de ses droits et libertés. Même le refus comme expression de la volonté du salarié dans le contrat n'est pas souvent respecté, un phénomène amplifié par l'échec de la théorie jurisprudentielle distinguant entre modification du contrat et changement des conditions de travail. Il en va de même du refus du salarié protégé. Le contrat de travail, étant personnel ou *intuitu personae*, n'est-il pas plus réaliste de commencer à rendre effectif son droit d'expression quel que soit le cadre juridique en question ?

La consécration nécessaire d'un droit de refus commun et autonome permet non seulement de protéger et de rendre effectif l'exercice de la liberté d'expression, sans oublier les dispositions de l'article L. 1121-1 du Code du travail dans l'entreprise quelle que soit la situation juridique envisagée. Ce droit de refus autonome constitue un filtre ou un outil de prévention des conflits en ce sens que le débat contradictoire obligera les parties à motiver leurs prétentions en dehors de tout contentieux. Il permettra également aux parties en présence et au juge de saisir la réalité du conflit de travail au travers des prétentions originelles au lieu d'en saisir une partie en fonction des stratégies judiciaires des protagonistes. Car l'habillage juridique des faits litigieux ne rend pas compte réellement des relations de travail. Certes, la vérité judiciaire est foncièrement différente de la vérité, mais ce droit de refus aura le mérite d'en rendre compte tant soit peu. Et comme le dit Michel Bodeux, « il est trop dangereux d'attendre d'un homme qu'il juge et prononce contre lui-même »²³⁵.

32. Aussi, s'inspirant d'un mécanisme conventionnel en cas de changement des conditions de travail ou de modification du contrat de travail²³⁶, avons-nous proposé une procédure de mise en œuvre de ce droit de refus en trois étapes.

À titre liminaire, en présence d'un fait juridique, l'écrit n'est pas obligatoire. D'ailleurs, en cas de modification du contrat de travail pour un motif économique, aucune forme particulière du refus du salarié n'est prescrite²³⁷. Mais la nécessité d'un écrit semble s'imposer dans ce cadre en raison même du principe du contradictoire que postule d'ailleurs l'article 56^{ter} de la convention collective nationale de l'inspection d'assurances (précitée) et de la nécessité d'en administrer la preuve en cas de litige.

235 M. BODEUX, *Études sur le contrat de travail*, op. cit., spéc. p. 389.

236 Convention collective nationale de l'inspection d'assurances du 27 juillet 1992, étendue par arrêté du 12 juillet 1993 JORF 7 août 1993.

237 Art. L. 1222-6 du C. trav.

La première étape porte sur la notification écrite motivée du changement ou de la modification²³⁸.

La seconde déclenche le temps de concertation au cours duquel s'exercent la liberté d'expression ou la liberté d'opinion ou encore le droit de discussion, le principe du contradictoire... Ce délai de prévenance, de discussion et de réflexion doit être suffisant ou raisonnable.

La troisième est relative à la décision définitive, motivée et écrite du salarié. Soit il accepte le changement ou la modification envisagée soit il le refuse. L'employeur, en cas de refus du salarié, soit renonce à son projet ou fait de nouvelles propositions soit procède au licenciement du salarié.

Mais, la limite de ce droit de refus comme pour toute construction juridique réside principalement dans le fait que l'employeur, qui veut se séparer d'un salarié, ne s'embarassera pas de ce débat contradictoire. Le licenciement est son objectif, quitte à être par la suite sanctionné en justice.

Cette proposition trouve aussi son fondement dans le principe du dialogue social et du tripartisme²³⁹ appliqué aux rapports individuels de travail²⁴⁰ et de la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise.

Il est curieux que le principe du dialogue social prévu par le chapitre préliminaire du Code du travail ne reçoive pas d'application dans les relations de travail²⁴¹. Alors qu'il s'applique pourtant à tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle.

Ce dialogue social suppose une concertation préalable avec les partenaires sociaux en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation collective. Une procédure est mise en place pour mettre en application ce dialogue social : le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

238 Art. 56ter de la Convention collective nationale de l'inspection d'assurances préc.

239 Notamment : Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 (convention fondamentale selon l'OIT) ; Convention (n° 144) sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 1976 (convention de gouvernance selon l'OIT) ; Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (1998) ; Convention (n° 151) sur les relations de travail dans la fonction publique, 1978 ; Convention (n° 154) sur la négociation collective, 1981 ; OIT, Les règles du jeu : Une introduction à l'action normative de l'Organisation internationale du Travail (Edition du Centenaire 2019), Genève, Bureau international du Travail, 2019, spéc. pp. 49-50 et 36-38 : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_672552.pdf

240 H. K. GABA, « Le refus du salarié et ses vicissitudes », *op. cit.*, spéc. pp. 255 et s.

241 FRANCE STRATÉGIE, « Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail », *Rapport intermédiaire du comité d'évaluation*, juillet 2020 : <https://www.strategie.gouv.fr/publications/evaluation-ordonnances-22-septembre-2017-relatives-dialogue-social-aux-relations-de> ; D. CHRISTOPHE, « Le dialogue social européen et les ambivalences de l'Europe sociale "triple A" », *La Revue de l'Ires*, 2018/3-1/2019 (n° 96-97), p. 65-84. ; P. POCHE, *La politique de démocratie directe dans l'entreprise. L'expérience française*, Thèse de doctorat en Droit privé, Univ. Lille 2, 1986.

On peut d'ailleurs remarquer que cette procédure ne fait que reprendre le canevas ou le process de tout projet en vigueur dans certaines matières (prévention des risques professionnels, prise en compte des obligations familiales du salarié) : 1/la phase de diagnostic de la situation ; 2/la phase de définition des objectifs en fonction de ce diagnostic ; 3/la phase d'évaluation au regard des objectifs fixés.

Cette démarche peut valablement recevoir application dans les relations individuelles de travail et remplacer le principe de la subordination juridique.

Si on transposait ce schéma à notre proposition de droit commun de refus, on peut constater la même logique au regard des deux premières phases. L'évaluation peut logiquement intervenir dans la phase de concertation entre l'employeur et le salarié à propos du projet de changement ou de modification.

La négociation collective dans l'entreprise est insuffisante et doit être complétée par un dialogue ou une négociation au plan individuel surtout si l'on considère que les conditions de travail (voir vos développements *supra*) ne relèvent pas du contrat de travail, mais plutôt de l'organisation du travail et donc soumises au pouvoir hiérarchique de l'employeur.

33. La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) vient renforcer ce dispositif.

La Commission européenne après une première définition en 2001, donne en 2011 une deuxième définition de la RSE en ces termes : « la responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société »²⁴².

En France, plusieurs textes ont été adoptés pour mettre en œuvre la RSE²⁴³.

La norme, ISO 26 000 Responsabilité sociétale, précise le cahier des charges²⁴⁴ : « Pour définir le périmètre de sa responsabilité sociétale, identifier les domaines d'action pertinents et fixer ses priorités, il convient que l'organisation traite [toutes] les questions centrales suivantes :

- La gouvernance de l'organisation (6,2)* ;

242 3^e communication de la Commission Européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final/2, p. 7 : https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Communication_du_25_octobre_2011_de_la_Commission_europeenne_sur_la_RSE_cle434613.pdf ; Première définition de la Commission : « Le concept de responsabilité sociale des entreprises signifie essentiellement que celles-ci décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et rendre plus propre l'environnement » : Commission des communautés européennes, Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM/2001/0366 final : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>.

243 Le site internet du ministère de l'Écologie établit une liste exhaustive des textes : <https://www.ecologie.gouv.fr/responsabilite-societale-des-entreprises> ; Sur la genèse, l'évolution et le périmètre de la RSE dans le temps en France et à l'international : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/l-union-europeenne-et-la-rse>.

244 ISO 26 000 Responsabilité sociétale, 2010 : <https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html> https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/fr/PUB100258_fr.pdf. Les chiffres correspondent aux numéros des chapitres de la norme ISO 26000.

- Les droits de l'homme (6,3)* ;
- Les relations et conditions de travail (6,4)* ;
- L'environnement (6,5)* ;
- La loyauté des pratiques (6,6)* ;
- Les questions relatives aux consommateurs (6,7)* ;
- Les communautés et le développement local (6,8)*. »

La mise en œuvre de ce cahier des charges postule une démarche holistique ou une interdépendance de ces sept questions centrales.

Parmi ces questions centrales, figurent, notamment en ce qui concerne le droit du travail, les droits de l'homme et les relations et conditions de travail.

34. Ces nouvelles donnes ou nouveaux paradigmes semblent s'orienter vers une horizontalité du pouvoir de l'entreprise au regard même de l'évolution socio-économique qui questionne avec acuité les notions de « travail », de « pouvoir » confrontées à des transformations majeures.

Le rapport « Travailler pour bâtir un avenir meilleur » de l'OIT à l'occasion de ses 100 ans, fait un état des lieux et propose des perspectives²⁴⁵. Ce rapport constate que de « nouvelles forces transforment le monde du travail (...) nous nous dirigerons vers un monde où les inégalités et les incertitudes iront croissant. Les progrès technologiques – intelligence artificielle, automatisation et robotique – créeront de nouveaux emplois, mais ceux qui perdront leur emploi au cours de cette transition seront peut-être les moins bien armés pour saisir les nouvelles possibilités. Les compétences d'aujourd'hui ne correspondront pas aux emplois de demain, et les compétences nouvellement acquises peuvent rapidement devenir obsolètes ». Aussi le rapport préconise-t-il de saisir le moment afin de redynamiser le contrat social en trois axes :

« 1/accroître l'investissement dans le potentiel humain (droit universel à l'apprentissage tout au long de la vie ; accroître les investissements dans les institutions, politiques et stratégies pour accompagner les individus durant les phases de transition du monde du travail ; mettre en œuvre un programme de transformation assorti d'objectifs mesurables en matière d'égalité des genres) ;

2/accroître l'investissement dans les institutions du travail (établir une garantie universelle pour les travailleurs ; renforcer la maîtrise du temps permettant une plus grande autonomie des travailleurs de leur temps de travail et répondant aux besoins des entreprises ; assurer la représentation collective des travailleurs et des employeurs dans le cadre du dialogue social en tant que bien public, activement promu par les politiques publiques ; gérer la technologie et la mettre au service du travail décent) ;

245 OIT, La Commission mondiale sur l'avenir du travail, « Travailler pour bâtir un avenir meilleur », Genève, Bureau international du Travail, 2019 : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662440.pdf.

3/accroître l'investissement dans le travail décent et durable (Incitations à promouvoir des investissements dans des domaines clés pour un travail décent et durable ; refondre les structures d'incitation pour les entreprises au profit de stratégies d'investissement à plus long terme, et explorer des indicateurs supplémentaires de développement humain et de bien-être ».

Le rapport conclut qu'il incombe à « toutes les parties prenantes à assumer la responsabilité de construire un avenir du travail juste et équitable ».

La même année, la Banque mondiale publie un « Rapport sur le développement dans le monde : Le travail en mutation »²⁴⁶, et abonde dans le même sens que le rapport précité de l'OIT. Ce rapport qui porte sur les conséquences des avancées technologiques sur la nature du travail, traite, concernant l'avenir du travail, de la crainte de la robotisation et de la menace qu'elle représenterait pour l'emploi. Toutefois, ces peurs sont globalement injustifiées. Il est relevé de nouveaux modes de production dans les entreprises, une expansion des marchés et des transformations sociales : le travail évolue sans cesse, en particulier du fait des progrès technologiques (création de nouveaux emplois, accroissement de la productivité et efficacité des services publics). Car la transformation numérique bouleverse les modes de production traditionnels et redéfinit la structure des entreprises. La technologie modifie cependant les compétences recherchées par les employeurs, exigeant des travailleurs qu'ils soient capables de résoudre des problèmes complexes, de travailler en équipe et de s'adapter. Les technologies numériques changent aussi les modes de travail et les conditions d'emploi. Ces changements et analyses doivent conduire les pouvoirs publics à donner la priorité d'investir dans le capital humain afin de permettre à la main-d'œuvre d'acquérir les compétences dont le marché du travail a besoin. Les États devront en outre améliorer leurs dispositifs de protection sociale et les étendre à tous les travailleurs, indépendamment de leurs conditions d'emploi.

Ces rapports ne sont intelligibles que selon le paradigme du système capitaliste et libéral qui pose problème depuis les années 1970 à nos jours en termes de rationalisation du travail, de productivité du travail, de croissance et de compétitivité du libéralisme économique²⁴⁷.

Le professeur Alain Supiot, face à ces défis technologique, écologique et institutionnel et leur impact sur l'organisation du travail dans le monde, craint, à l'ère de la révolution informatique, la programmation du travailleur vidant le travail de tout sens : « Le propre du travail humain, c'est la capacité qui est la nôtre de

246 BANQUE MONDIALE, *Rapport sur le développement dans le monde : Le travail en mutation*, 2019 : <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/470851543331209640/Overview>.

247 M. BRUYÈRE, *L'insoutenable productivité du travail*, Le Bord de l'eau, Collection L'économie encastrée, 2018, pp. 160 : l'auteur s'interroge sur notre efficacité productive et sur les niveaux de productivité que nos économies ont atteints aujourd'hui. Aussi propose-t-elle la possibilité de faire une autre économie plus solidaire et écologique ; J.-C. MICHÉA, « Le loup dans la bergerie », Flammarion, 2018, pp. 166. Ce dernier auteur fustige la rhétorique des « droits de l'homme » qui, selon lui, a fini par convertir la gauche au libéralisme économique.

faire advenir dans le réel les images qui nous habitent. En cela l'idée de la fin du travail est absurde »²⁴⁸. « Un régime de travail réellement humain vous confronte au réel, en même temps qu'il vous permet de projeter vos images mentales »²⁴⁹. Selon l'éminent auteur, la notion de « travail humain », inscrite dans la constitution française de l'OIT adoptée en 1919, est celle d'un « régime de travail réellement humain », posant « la question du sens du travail, du "pourquoi travailler ?" (pour contribuer le mieux au bien-être commun) et celle de son contenu, du "comment travailler ?" (en ayant la satisfaction de donner la mesure de son habileté et de ses connaissances) »²⁵⁰. « La notion de "régime de travail réellement humain" peut toutefois s'entendre de façon moins exigeante, en considérant que c'est le "régime" qui doit être humain, et pas forcément le travail. Ainsi compris, l'objectif fixé à l'OIT consiste à rendre humainement supportable un travail qui ne l'est pas forcément en lui-même »²⁵¹. Pour ce faire, s'inspirant des travaux du botaniste, géographe et ethnologue, André-Georges Haudricourt²⁵², il suggère la métaphore du jardinier et non celle du berger. La culture du berger implique un pouvoir vertical, une organisation limitée qui oppose ceux qui commandent et ceux qui obéissent. En revanche, la culture du jardinier suppose une liberté d'action et

- 248 Alain Supiot, invité de l'émission de France culture, Olivia Gesbert, La Grande table des idées, Dans un monde « réellement humain », comment et pourquoi travailler ? 18 décembre 2019 : <https://www.franceculture.fr/emissions/la-grande-table-idees/dans-monde-reellement-humain-comment-et-pourquoi-travailler> ; A. SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Collège de France, 2019 ; France culture, Maylis Besserie, Entendez-vous l'éco ? Les penseurs du travail (4/4) : Débat : Le sens du travail, 31 août 2017 : <https://www.franceculture.fr/emissions/entendez-vous-leco/les-penseurs-du-travail-44-debat-le-sens-du-travail> ; invités : Danièle Linhart, Nicolas Bouzou et Thomas Coutrot. Danielle Linhart : « On ne peut pas considérer le chômage comme une période de loisir. Pour les chômeurs, c'est un temps vide, vertigineux et angoissant. Chacun a l'ambition de contribuer à la satisfaction de ses besoins en réalisant un travail qui a du sens ». Thomas Coutrot : « L'aliénation est au moins aussi forte, voire plus, aujourd'hui qu'au XIX^e siècle. Au XIX^e siècle, c'étaient les corps qui étaient exploités, alors qu'aujourd'hui c'est l'esprit, la subjectivité, l'ensemble de la personne qui est mise sous tension, mise à profit » ; D. LINHART (dir.), *Pourquoi travaillons-nous ? Une approche sociologique de la subjectivité au travail*, Erès, coll. « Clinique du travail », 2008, 331 p. ; S. BERNARD, *Le nouvel esprit du salariat*, Paris, PUF, 2020 (étude sur la précarité, le chômage, les indépendants et ceux qui bénéficient de très hautes rémunérations).
- 249 Alain Supiot, invité de l'émission de France culture, Olivia Gesbert, La Grande table des idées, Le travail est-il encore un droit ? 27 mars 2019 : <https://www.franceculture.fr/emissions/la-grande-table-2e-partie/le-travail-est-il-encore-un-droit> ; A. SUPIOT (dir.), « Mondialisation ou globalisation ? : Les leçons de Simone Weil », Collège de France, coll. « Conférences », 2019, 240 p.
- 250 Alain Supiot, invité de l'émission de France culture, Olivia Gesbert, La Grande table des idées, Dans un monde « réellement humain », comment et pourquoi travailler ? 18 décembre 2019, préc.
- 251 Alain Supiot, invité de l'émission de France culture, Olivia Gesbert, La Grande table des idées, Quel régime de travail réellement humain ? 5 novembre 2018, : <https://www.franceculture.fr/emissions/les-cours-du-college-de-france/les-cours-du-college-de-france-du-lundi-05-novembre-2018>.
- 252 A.-G. HAUDRICOURT, « Domestication des animaux, culture des plantes et traitement d'autrui » *L'Homme*, t. 2, n° 1, 1962, pp. 40-50 ; C. FERRET, « Vers une anthropologie de l'action. André-Georges Haudricourt et l'efficacité technique », *L'homme*, 202/2012, pp. 113 à 140 : <https://journals.openedition.org/lhomme/2304?file=1> ; Bensa, Alban 2010 'André-Georges Haudricourt :A Thorough Materialist'in Robert Parkin& Anne de Sales, Out of the Studyand into the Field. Ethnographic Theoryand Practice in French Anthropology. New York-Oxford, Berghahn Books ('Methodology and Historyin Anthropology'22): 219 – 234 ; « André-Georges Haudricourt : un matérialiste conséquent », in Noël Barbe & Jean-François Bert, éd., *Penser le concret...* : 209-225.

permet au génie propre de chaque plante de s'exprimer ou d'éclater... Appliquée aux relations humaines, la culture du jardinier (pouvoir horizontal) légitime la capacité d'action des uns et des autres et permet à chacun d'exprimer son génie propre²⁵³.

35. En conclusion générale, cette évolution du travail, des rapports de travail et du pouvoir de l'employeur et du gouvernement de l'entreprise, quelles que soient les thèses en présence ne peut être accompagnée *a minima* que par un renforcement et une efficacité du dialogue social formalisé tant au plan collectif qu'au plan individuel avec comme finalité première l'établissement d'un régime de travail réellement humain.

Le Havre, le 30 mars 2021.

253 Alain Supiot, invité de l'émission de France culture, Olivia Gesbert, La Grande table des idées, Dans un monde « réellement humain », comment et pourquoi travailler ? 18 décembre 2019, préc. ; et dans une certaine mesure, Alain Chirez, Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail : de l'unilatéralité à l'assentiment ? 11RJP/NZACLYEARBOOK2004, pp. 185-208 : <https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/nzacl-yearbooks/yearbook-10,-2004/Chirez.pdf> : Le pouvoir de direction des personnes n'apparaît plus, « en soi », comme le fondement légitime de la décision prise par l'employeur. Cette absence de normativité intrinsèque résulte du contrôle du juge tant sur la nature de l'acte que sur le contenu de la décision managériale. Les droits de critique et de refus du salarié, les devoirs de collaboration et d'assistance de l'employeur viennent borner son pouvoir. En le rattachant au contrat, la Cour de cassation fait d'ailleurs du consentement du salarié à la subordination une des sources de la légitimité du pouvoir d'un employeur qui depuis longtemps déjà, n'est plus seul juge. Comme en d'autres secteurs, on passe peut-être ici aussi d'un modèle vertical à un modèle plus horizontal.