

Le pouvoir dans les rapports de travail

Essor juridique d'une nuisance économique

par Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'université de Dijon, CREDIMI

Le travail automatique ou de pure exécution a perdu peu à peu la place prépondérante qui fut la sienne. L'essor du secteur tertiaire et celui des tâches cognitives ou relationnelles font de plus en plus dépendre la productivité du travail de facteurs humains incontrôlables. Il en résulte que l'efficacité économique de la soumission des travailleurs est décroissante. Parallèlement, le pouvoir des employeurs semble pourtant s'intensifier. De tels constats permettent de porter un regard critique sur les évolutions en cours du droit du travail.

L'économie a subi, depuis une trentaine d'années, une mutation profonde qui n'échappe à personne. Le développement des services et la réduction corrélative de l'emploi industriel rappelle, à certains égards, l'évolution passée du secteur agricole. L'agriculture française employait 40 % de la population active en 1920 et seulement 25 % au milieu des années 50 (1). L'emploi industriel a subi une réduction de même ampleur entre 1975 et 2002 (2). S'il continue sur la même pente que celle suivie en son temps par l'emploi agricole, sa réduction à un ordre de grandeur de 4 % de l'emploi total aura lieu aux alentours des années 2050. Malgré le développement prévisible de la robotique et de l'informatique, une telle évolution reste bien évidemment hypothétique. Elle n'en permet pas moins de mesurer l'ampleur des mutations en cours. Les pays riches furent des pays à l'agriculture puissante, puis des pays industrialisés, ce sont de plus en plus des pays « tertia-risés ».

Ce déplacement de l'emploi et les mutations technologiques ont provoqué une évolution des tâches à accomplir. Les ouvriers à eux seuls représentaient encore près de 40 % de la population active française en 1975. En 2002, ce chiffre tombe à 26,9 %, cependant que les professions intermédiaires et cadres représentent 34,9 % de la population active et les employés 30,1 % (3). Cette évolution semble inexorable et même, en un sens, logique. Selon le point de vue duquel on se place, l'activité humaine est « concurrencée » ou « libérée » par les techniques. Elle ne peut dès lors que se spécialiser, au moins à terme, sur les tâches qui ne peuvent être réalisées que par des êtres humains. Ce que confirme la forte croissance des tâches relationnelles ou cognitives (4). La qualité du contact humain et le niveau d'expertise deviennent ainsi, peu à peu, les principales sources de la productivité du travail.

Or, le droit du travail a été construit sur le modèle de l'ouvrier industriel. Son adéquation aux nouvelles

(1) Cf. Claude THÉLOT, Olivier MARCHAND et Alain BAYET, « Le travail en France (1800-2000) », Paris, Nathan, Essais et Recherches, 1997, p. 43.

(2) La part de l'emploi industriel est passée de 38,6 % des emplois en France en 1975, à 25,5 % des emplois en 2002. Les mêmes ordres de grandeur sont observables dans l'Europe des Quinze: de 39,5 % en 1975 on est passé à 28,4 % en 2002. (Sources: Eurostat, L'emploi en Europe, rapports de la DG de l'emploi de la Com. européenne, eds. 2001, 2002, et 2003).

(3) Chiffres en pourcentage de la population active, non compris les chômeurs n'ayant jamais travaillé et les militaires du contingent. Source: Insee (TEF 2003/04, p. 77).

(4) Les quatre secteurs d'activité qui ont créé le plus d'emplois entre 1995 et 2001 au sein de l'Union européenne des

Quinze sont tous centrés sur des tâches relationnelles ou cognitives. En première position on trouve le secteur dit des « autres services aux entreprises », lequel comprend principalement les activités juridique, comptable, de conseil de gestion, les activités d'architecture, d'ingénierie, de contrôle et d'analyse technique ou encore des activités comme la publicité, le secrétariat, les activités des centres d'appels et les activités de nettoyage. En seconde position on trouve le secteur de la santé et de l'action sociale, en troisième position celui de l'informatique et en quatrième position celui de l'éducation. Ces quatre secteurs d'activité sont responsables à eux seuls de 58 % de la création nette d'emploi. Source, Eurostat, EFT, cité in L'emploi en Europe 2002, Com. europ. 2002, p. 28. La classification des emplois à laquelle il est fait référence est la classification européenne des activités économiques (NACE rev. 1.1).

formes de l'économie et de l'emploi est donc, *a priori*, problématique. Ce qui n'a pas manqué de provoquer de vifs débats sur l'avenir du droit du travail (5). L'intensité et la qualité de ces débats n'ont pas, cependant, permis jusqu'ici une meilleure correspondance du droit du travail et de l'économie. Le droit du travail semble même évoluer actuellement dans une direction inverse de celle qu'exigerait l'évolution économique.

S'intéresser à l'évolution du droit du travail, c'est s'intéresser à l'évolution du pouvoir au sein des relations de travail. Le droit du travail est, en effet, une branche du droit conçue, organisée et structurée autour de la reconnaissance d'un pouvoir de l'employeur sur ses salariés. Ceci se lit notamment dans la définition du champ d'application du droit du travail, lequel ne s'impose qu'à l'égard des travailleurs juridiquement *subordonnés* (6). Le pouvoir est aussi la justification première du droit du travail. Les principales règles du droit du travail, comme la protection de la liberté syndicale, le droit de grève ou encore les différents minima de protection, sont fondées par l'inégalité des parties aux contrats de travail et par la crainte des déséquilibres qui peuvent en résulter.

Ce pouvoir qui est au cœur du droit du travail est d'abord un simple fait, une *influence prépondérante* pouvant être exercée par les employeurs sur leurs salariés. Elle est souvent désignée sous le nom de « domination économique », eu égard à sa source principale, à savoir la détention par l'employeur des moyens économiques de l'emploi du salarié.

Ce *fait du pouvoir* doit être soigneusement distingué des *actes juridiques* de pouvoir. L'acte juridique de pouvoir est un commandement qui s'impose aux salariés *avec la force du droit* (7). Il est une source d'obligations juridiques. Et c'est en ce sens que le pouvoir de direction et le pouvoir disciplinaire de l'employeur sont bien des pouvoirs juridiques.

Actes juridiques de pouvoir et fait du pouvoir ne doivent pas être confondus. L'employeur a parfois, par exemple, la capacité factuelle d'influer de manière déterminante sur la vie privée du salarié. Mais cette influence n'est qu'un fait. Elle n'est nullement renforcée par le droit. Elle n'est pas une prérogative juridique. L'employeur qui se permettrait d'interdire au salarié de se marier se placerait hors-la-loi. Non seulement une telle directive n'est pas soutenue par le droit, mais elle est juridiquement combattue. Le salarié sera

peut-être conduit à s'y soumettre, de peur de perdre son emploi. Mais il n'est aucunement tenu juridiquement de le faire. Le fait du pouvoir dépasse alors le champ des actes juridiques de pouvoir.

Réciproquement, la faculté de l'employeur de produire un acte juridique de pouvoir est parfois plus étendue que le pouvoir qu'il détient en fait. Ainsi, par crainte du mécontentement des salariés, voire par crainte d'un conflit collectif, un employeur peut être conduit à s'abstenir de sanctionner ce qui juridiquement pourrait l'être. Le pouvoir disciplinaire accordé par le droit est alors plus large que le pouvoir disciplinaire détenu en fait.

Une comparaison de l'évolution économique et de l'évolution du droit du travail impose de s'intéresser principalement au fait du pouvoir. Et c'est donc en son sens d'*influence prépondérante* que le terme de « pouvoir » sera utilisé par la suite. Il faudra cependant garder à l'esprit que cette influence prépondérante reçoit, souvent, l'appui de la force du droit et qu'elle se double alors d'une capacité à produire unilatéralement des obligations juridiques à la charge des salariés. Pouvoir juridique et pouvoir de fait sont alors complémentaires.

L'utilité économique du pouvoir semble menacée par l'évolution de l'économie (I). Et, simultanément, l'intensité du pouvoir exercé dans les faits s'accroît, avec l'aide du législateur (II).

I. — ÉVOLUTION DU BILAN ÉCONOMIQUE DU POUVOIR

Rappeler les grandes lignes du bilan coût-bénéfice du pouvoir patronal permet de montrer comment l'évolution économique menace l'équilibre de ce bilan.

A — LES BÉNÉFICES DU POUVOIR

Une organisation dotée d'un pouvoir centralisé présente deux avantages principaux. La hiérarchie réduit certains coûts et elle limite les dangers de l'opportunisme. Telle est sa force. Force réelle et qui est à la source du succès de ce type d'organisation. Ces atouts du pouvoir sont bien connus. Il suffit de les rappeler brièvement.

De la guerre tous contre tous de Hobbes, aux apports de la théorie des jeux, les dangers d'une absence de

(5) Au niveau de l'OIT, cf. not. « Regards croisés sur le travail et son devenir », n° spécial de la *Rev. Int. du trav.*, vol. 135 (1996), n° 6; Peter AUER et Bernard GAZIER (éd.) « L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Dynamiques du changement et protection des travailleurs », et Peter AUER et Christine DANIEL (éd.) « L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. De nouvelles sécurités face à des incertitudes croissantes », comptes-rendus du Symposium France-OIT, Annecy, 18 et 19 janv. 2002, Paris 2002. Au niveau de l'Union européenne, cf. not. A. SUPPIOT (dir.), « Au-delà de l'emploi », rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999. Au niveau français, cf. not. rapport de la commission Jean Boissonnat, « Le travail dans vingt ans », O. JACOB et *La Documentation française* 1995. *Adde.* not. Bernard BRUNHES, « Les habits neufs de l'emploi », préface Jacques DELORS, Nil, 1996; Robert CASTEL, « Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat », Fayard, Paris 1998. *Adde.* dernièrement, le rapport de Michel de VIRVILLE du

15 janvier 2004 (disponible sur www.travail.gouv.fr/pdf/rap-deVirville.pdf).

(6) Quoique toujours mouvante dans ses conséquences pratiques, cette solution de principe est acquise depuis Civ. 6 juillet 1931, *Bardou*, D.P. 1931. 1. 131, note P. PIC; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, « Les grands arrêts du droit du travail », n° 1, Dalloz 2004. V. aussi l'art. L. 120-3 C. trav.

(7) Cette intégration au sein du droit des directives de l'employeur se vérifie lorsque la jurisprudence qualifie la violation d'une directive patronale de faute juridique du salarié. Les arrêts du 10 juillet 1996, et en particulier l'arrêt *Le Berre* (*Bull. V* n° 278) affirment même que le refus d'obéissance au pouvoir de direction « constitue, en principe, une faute grave ». Par exception, il peut cependant s'agir d'une faute simple (cf. Soc. 3 avril 1997, *RJS* 5/97 n° 523; ou encore Soc. 9 mars 2001, *RJS* 7/01 n° 837; 27 juin 2001, *Bull. V* n° 234; 2 avril 2002: *Jurisp soc UIMM* n° 664, p. 268).

coordination ont été exprimés sous des formes diverses. La tragédie des communaux (8) et la parabole du passager clandestin (9) en sont des exemples. Dans une entreprise collective, l'opportuniste essaie de percevoir une rémunération maximale tout en minimisant son apport par le travail. Si personne ne le contrôle, ni ne fait varier sa rémunération en fonction de ses efforts réels, il s'abstiendra même de tout travail. Dans un univers opportuniste, chacun fait de même et la ruine de tous est assurée. Le pouvoir peut permettre d'éviter ce résultat, en mettant en place un contrôle, des récompenses et des sanctions. Les dangers de l'opportunisme lui servent ainsi de justification.

Le coût, souvent exorbitant, d'une gestion purement égalitaire des problèmes est l'autre justification principale du pouvoir. Si la tactique militaire doit être négociée à tout moment sur le champ de bataille entre les soldats, il est à craindre une perte d'efficacité quasi complète. L'exigence d'une décision rapide exclut la négociation continue entre égaux. L'unicité du centre de décision et l'obéissance aux ordres semblent alors les seules solutions efficaces. La centralisation de la prise de décision permet aussi un gain considérable en coûts d'information. Il est plus facile et rapide de transmettre l'information à un centre de décision unique que de la distribuer systématiquement à tous les intéressés. Ces coûts de négociation et d'information prennent place dans la théorie des coûts de transaction (10). Ils sont une deuxième justification du pouvoir en général et du pouvoir patronal en particulier (11).

L'employeur peut ainsi se prévaloir de sa capacité à réduire les coûts de l'opportunisme et certains coûts de transaction. Cette efficacité du pouvoir doit cependant être mise en balance avec les possibles nuisances qu'il génère.

B — LES COÛTS DU POUVOIR

Le plus évident des coûts de la hiérarchie est l'entretien d'un personnel d'encadrement, lequel peut être relativement cher, puisqu'il doit être mieux rémunéré que les personnes qu'il dirige, ne fût-ce que pour asseoir son autorité. Ce coût n'apparaît pas cependant comme le principal des dangers que génère la concentration du pouvoir patronal.

D'une toute autre ampleur est le risque d'opportunisme du détenteur du pouvoir. La recherche par le dirigeant d'entreprise d'une maximisation de ses gains propres peut, souvent, conduire à une solution globalement catastrophique. L'ampleur de ce danger est bien connue s'agissant du pouvoir le plus étudié, à savoir le pouvoir étatique. Une dictature bloque les revendications, génère des accumulations improductives et entretient la pauvreté et la faiblesse économique d'un pays. Comparativement, la démocratie est un avantage considérable. Cette constatation est aujourd'hui très généralement admise, y compris au sein d'institutions comme le FMI ou la Banque mondiale (12).

L'analyse a été transposée, dans une certaine mesure, au pouvoir patronal. La présence de contrepoids, de limitations et de contrôles de ce pouvoir favorise une utilisation plus rationnelle et plus efficace des ressources économiques. Cette analyse est une des principales sources d'inspiration des théories du gouvernement d'entreprise (*corporate governance*). Elle est aussi une base possible de leur critique. Les théories du gouvernement d'entreprise insistent généralement sur la limitation du pouvoir du dirigeant par les actionnaires et traitent de manière très accessoire des autres détenteurs d'intérêts (les *stakeholders*) (13). Elles conduisent alors à un nouveau déséquilibre des pouvoirs, au profit, cette fois, des actionnaires. Lorsque ces derniers sont de

(8) Sur un pâturage commun, chacun se dépêche de faire paître un maximum de bêtes, avant que ce pâturage transformé en champ de boue ne soit irrémédiablement perdu pour tous (Garrett HARDIN, « The Tragedy of the Commons » *Science*, 162 (1968), pp. 1243-1248). La poursuite opportuniste des intérêts individuels conduit ainsi à la ruine de l'intérêt commun. Une réglementation de l'usage du pâturage appuyée par un pouvoir crédible aurait permis d'en préserver la qualité.

(9) Le passager clandestin (*free rider*) reçoit les bénéfices d'un bien commun sans contribuer aux coûts de production de ce bien commun. Il maximise ses gains. En l'absence de contrôleur, dans un univers opportuniste où chacun est guidé par ses seuls intérêts personnels, personne ne paie de billet et les liaisons ferroviaires doivent être abandonnées. D'où un fondement possible du pouvoir du contrôleur.

(10) La théorie des coûts de transaction est plus large, en ce qu'elle prend en compte non seulement les coûts de l'information et de la négociation, mais encore ceux suscités par la recherche de cocontractants, la rédaction détaillée, la surveillance de l'exécution et la sécurisation des contrats. Sur cette théorie, cf. not. R. COASE, « the Nature of the Firm », *Economica*, vol. 4, November, 1937, pp. 386-405; O. WILLIAMSON, « Markets and Hierarchies », New York: Free Press, 1975; « The Economic Institutions of Capitalism », New York: Free Press, 1985 (traduction française: « Les Institutions de l'économie », Paris: Interéditions, 1994).

(11) Pour une étude des coûts de négociation et d'information dans les situations où la divergence des intérêts fait craindre l'opportunisme, cf. not l'ouvrage de Kenneth J. ARROW, « The Limits of Organisations », New York: Norton, 1974 (trad. française, Paris PUF, 1976).

(12) Cf. not. rapport sur le développement dans le monde, Banque mondiale, 1992; et L. PRITCHETTE et D. KAUFMANN, « Civil Liberties, Democracy and the Performance of Government Projects », *Finances et Développement*, mars 1998, pp. 26 et s. Adde, D. KAUFMANN et A. KRAAY, « Growth without Governance », rapport de travail de la Banque mondiale nov. 2002, disponible sur www-wds.worldbank.org (Les auteurs insistent sur la forte influence positive de la démocratie et de la bonne « gouvernance » en général sur la croissance. Mais ils notent que cette influence n'est pas forcément réciproque, la croissance n'étant pas toujours une aide en vue de la démocratie. Ce résultat rend plus indispensable encore l'aide à la démocratisation, la traditionnelle aide au développement n'étant pas suffisante, en elle-même, à guider les gouvernements dans cette voie).

(13) De manière symptomatique, les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE (OECD Principles of Corporate Governance) adoptés par les ministres des pays membres de l'OCDE les 26 et 27 mai 1999, consacrent trois pages aux actionnaires, et, reprenant la terminologie des droits de l'Homme, va jusqu'à leur reconnaître des « droits fondamentaux » (Principes, III, A.). Une dizaine de lignes seulement est consacrée aux « parties prenantes » (*stakeholders*), lesquelles regroupent les créanciers et fournisseurs de l'entreprise, et donc accessoirement les salariés en leurs qualités de créanciers de salaires et de fournisseurs de travail. La participation de ces derniers n'est dès lors perçue que d'une manière très limitée, et le droit à la participation des salariés à la gestion des entreprises, qui est lui un véritable droit fondamental de valeur constitutionnelle, reconnu par les traités, semble bien négligeable face aux droits des actionnaires. Ces principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE sont consultables sur le site de l'OCDE (www.oecd.org).

simples investisseurs, ils tendent à favoriser la distribution de dividendes et le court terme, aux dépens de l'investissement, des salaires, et même parfois de la pérennité de l'entreprise. Le choix d'un rééquilibrage du pouvoir au profit d'actionnaires volatils est dès lors discutable, surtout si on le compare au peu d'influence accordée aux salariés, lesquels sont souvent les personnes les plus intéressées à la pérennité de l'entreprise sur le long terme. Les remèdes que proposent les théories du gouvernement d'entreprise apparaissent dès lors insuffisants. Ces théories ont cependant permis de démontrer les dangers de l'opportunisme des détenteurs du pouvoir dans l'entreprise. Et cet apport est fondamental.

Un troisième inconvénient du pouvoir patronal est l'accroissement qu'il provoque des tendances opportunistes des salariés. Il se crée une sorte de cercle vicieux. Plus le pouvoir est fort, moins il est accepté, plus la tendance à l'opportunisme s'accroît, et plus le pouvoir nécessaire pour le combattre doit être intense, ce qui provoque un accroissement des résistances, etc. Il en résulte que l'efficacité économique est du côté de l'autonomie, chaque fois que celle-ci s'avère praticable. La démonstration historique de cette supériorité a été menée dans le secteur de l'agriculture, seul secteur de la production humaine qui ait été testé sur une grande échelle, pendant plusieurs millénaires. Cette expérience, incomparable en durée comme en étendue, fut extrêmement diversifiée. Tous les types d'organisation du travail ont été testés sur l'exploitation de la terre: les grands domaines esclavagistes, les tenures serviles, le kolkhoze soviétique, le fermage, le bail emphytéotique, la petite propriété familiale, etc. Or, c'est le modèle de l'exploitation autonome, individuelle ou familiale, qui globalement l'a emporté (14). Il y a là quelque chose qui n'allait pas de soi, au moins au départ. Les arguments qui plaident en faveur du grand domaine sont nombreux: rationalisation des ressources, économies d'échelle, mécanisation plus facile, possibilité de spécialisation et de division du travail, etc. Ces différents avantages sont autant d'incontestables atouts dans la compétition économique. Tous ensemble, ils n'ont pourtant pas suffi. Les résistances à l'autorité, l'application de vieux dictons comme « *quand le chat est parti les souris dansent* » ou « *notre ennemi c'est notre maître* », en un mot les coûts de l'opportunisme des agents soumis ont surpassé l'ensemble des avantages comparatifs du grand domaine hiérarchique (15) et ce

quelle que soit l'intensité du pouvoir utilisé pour vaincre cet opportunisme. Même si certaines spécificités du modèle agricole empêchent de transposer directement cette analyse aux autres secteurs économiques, l'exemple montre à quel point la hiérarchisation du travail et la perte d'autonomie qu'elle génère peuvent s'avérer coûteuses.

Ces différents coûts du pouvoir suffisent à fonder économiquement certaines règles du droit du travail, comme le droit syndical, l'information et la consultation des représentants des salariés ou même le droit de grève en ce qu'il est, comme menace, un nécessaire contrepoids à la toute puissance patronale (16).

Il demeure qu'au vu des gains qu'il peut procurer, le pouvoir demeure nécessaire ou simplement utile, au moins dans certaines hypothèses. Il est tout aussi net que, dans d'autres hypothèses, le pouvoir est une nuisance économique. Entre ces deux pôles, il est souvent difficile de trancher pour chaque cas d'espèce. Et au demeurant tel n'est pas ici le propos. Il s'agit de montrer dans quelle direction les mutations actuelles font évoluer le bilan économique du pouvoir. Or, les termes de ce bilan connus, cette direction apparaît tout à fait claire.

C — TENDANCES

La précision et le coût du contrôle sont des paramètres essentiels de l'efficacité du pouvoir patronal. Or, ce que le robot ou l'informatique ne peuvent remplacer est aussi ce qui est le plus difficile à contrôler. S'il s'agit de faire réaliser un geste mécanique à une cadence donnée, le contrôle est à la fois facile et peu coûteux. Un seul contremaître peut contrôler des dizaines de travailleurs à la chaîne. Les gains liés à la taille de l'entreprise et à la division du travail ne sont pas alors excessivement réduits par l'opportunisme des salariés, celui-ci n'ayant guère de place où s'exprimer. L'entreprise tayloriste militarisée peut alors démontrer une certaine supériorité économique. Ce qui explique en partie son succès persistant, notamment en Chine, dans les industries où le travail humain répétitif ou mécanique n'est toujours pas robotisé, comme dans l'industrie textile ou dans l'industrie du jouet. En revanche, s'il s'agit d'exiger des salariés de la créativité, de l'intelligence, de la gentillesse, de la bonne humeur ou de la motivation, les choses se compliquent. Aucun test ne peut mesurer l'in-

(14) À titre d'exemple, en 1997, sur l'ensemble de l'Union européenne, 79,7 % du travail étaient réalisés par les exploitants autonomes et par les membres de sa famille, soit 5560.7 UTA (unités travail années) sur 7023.2 UTA, chiffre qui monte à 87,3 % si l'on exclut la main d'œuvre agricole non familiale employée irrégulièrement (cf. Commission européenne, Eurostat). En 1998, les fermes familiales représentaient 86,5 % de la production agricole totale des États-Unis: Structural and Financial Characteristics of US Farms: 2001 Family Farm Report, ERS Agriculture Information Bulletin n° 768. 101 pp. May 2001, p. 8; p. 23, table 6.

(15) Pour une analyse plus précise des différents facteurs pouvant entrer en ligne de compte dans le choix d'un type d'organisation en agriculture, à partir de l'exemple des USA, cf. not. Michael BOEHLJE et David LINS, « Alternative Financial/Organizational Structures of Farm and Agribusiness Firms », NCR-568. Cooperative Extension Service, Purdue University, West Lafayette, Indiana, Apr. 1995; Dale C. DAHL, « A New Look at Farm Business Organization » Minnesota

Agricultural Economist, No. 681, Agricultural Extension Service, University of Minnesota, Summer 1995, pp. 1-4.

(16) Les droits de l'Homme au travail ainsi que de certaines autres règles du droit du travail peuvent alors être compris comme des avantages comparatifs sur le plan économique. Cette conception se retrouve notamment au sein de divers documents de l'OIT (cf. not. E. LEE, « The Asian Financial Crisis: The Challenge for Social Policy », Bureau international du travail, Genève, 1998 et « L'OIT enjoint les pays asiatiques de combattre la crise économique par des mesures sociales » *Travail*, 1999, n° 28, pp. 4 et s.) ou de la Commission européenne, (cf. not. le « Livre vert sur la protection sociale européenne », Com. (93)551 et « Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union, Livre blanc », Com (94) 333. V. aussi, E. DOCKÈS, « Justifications et moyens d'un droit du travail mondial », in « La mondialisation du droit », CREDIMI, *Litec* 2000. Comp. A. LYON-CAEN, « Pérennité d'une interrogation », *Bull. de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale*, 1996, p. 18.

tensité de la concentration d'un travailleur intellectuel. Et la menace d'un supérieur hiérarchique ne permettra jamais d'obtenir qu'un sourire forcé, minimal et une motivation de façade. L'accroissement des tendances opportunistes qu'induit l'intensité du pouvoir génère un coût d'autant plus grand que les possibilités d'expression de l'opportunisme sont importantes. De surcroît, le goût de l'autonomie est généralement plus fort lorsque les salariés sont plus qualifiés. Il apparaît ainsi clairement que les activités intellectuelles ou relationnelles se marient plus difficilement avec l'autorité hiérarchique que l'exécution matérielle de tâches simples.

Or, au moins dans les pays développés (« en voie de tertiairisation »), l'évolution de l'emploi va vers un renforcement constant de ces activités intellectuelles ou relationnelles. Le pouvoir hiérarchique a ainsi une efficacité décroissante et un coût croissant. Il serait pour le moins hâtif d'en conclure que le pouvoir patronal est désormais globalement inefficace ou nuisible. Mais il faut constater qu'il est de moins en moins efficace et de plus en plus nuisible.

Cette constatation doit être confrontée à l'évolution actuelle du pouvoir et du droit.

II. — ESSOR DU POUVOIR ET ÉVOLUTION DU DROIT DU TRAVAIL

La montée en puissance des tâches cognitives ou relationnelles dans l'économie actuelle ne semble pas avoir produit de réduction de la pression hiérarchique au sein des entreprises.

Il faut tout d'abord noter la persistance des schémas hiérarchiques traditionnels. La proportion d'ouvriers dans la population active est en réduction constante (17), mais le nombre d'ouvriers est lui relativement stable: il se situe en France, depuis 1962, entre 7 et 8 millions de personnes (18). La taylorisation de certains services a même produit une hausse globale du travail à la chaîne et du travail répétitif (19). Les condi-

tions de travail qui furent inspiratrices du droit du travail n'ont pas, loin s'en faut, disparu.

De surcroît, ces conditions de travail sont généralement subies par les salariés les plus faibles, les moins rémunérés, les plus précaires. La permanence du taylorisme touche d'abord ceux qui ont le plus besoin d'une protection minimale, d'un droit du travail. Réciproquement, les évolutions de l'emploi concernent en priorité les catégories intermédiaires et supérieures, lesquelles sont les moins dépendantes des protections du droit du travail. Dans ce contexte, prétendre revoir à la baisse l'encadrement juridique du pouvoir des employeurs au nom de l'évolution de l'emploi revient, dans une certaine mesure, à calquer l'étendue d'une protection sur la situation de ceux qui en ont le moins besoin.

Enfin, il semble que la tendance générale soit à l'intensification du pouvoir subi par les salariés, toutes catégories professionnelles confondues (20). Les changements économiques ont certes produit, de manière assez prévisible, une hausse de l'autonomie dans l'exécution du travail (21). Moins machinal, le travail comprend en moyenne plus d'initiatives de la part des salariés, plus d'auto-adaptation au contexte. Pourtant, cette évolution n'a pas produit le relâchement de la pression hiérarchique à laquelle on aurait pu s'attendre, bien au contraire. La proportion de salariés déclarant être soumis à un contrôle permanent exercé par la hiérarchie est passé de 17,4 % en 1984 à 29,1 % en 1998 (22). La crainte du pouvoir disciplinaire de l'employeur exprimée par les salariés est passée de 46 % à 60 % entre 1991 et 1998 (23). Loin de s'amenuiser, le pouvoir patronal semble gagner en intensité. Tout se passe comme si l'accroissement des possibilités d'opportunisme, provoqué par l'évolution des tâches, avait conduit les employeurs à renforcer l'intensité de leur contrôles hiérarchiques et à user davantage de la menace de sanction qu'auparavant. Destabilisé par l'évolution de la nature du travail, la hiérarchie aurait globalement réagi par un durcissement de son attitude. Cette montée de la pression hiérarchique peut encore s'expliquer par d'autres facteurs, comme l'essor des moyens technologiques de contrôle (24) et surtout la

(17) Cf. *supra*.

(18) TEF 2003/04, p. 77.

(19) La proportion de salariés déclarant travailler à la chaîne ou sous contrainte automatique (travail dont le rythme de travail est soumis à la cadence d'une machine ou au déplacement automatique d'un produit ou d'une pièce) est passé de 6,8 % en 1984, à 8,5 % en 1991, à 9,6 % en 1998. La proportion de salariés déclarant que leur travail est répétitif est passé d'un ordre de grandeur de 20 % en 1984 à un ordre de grandeur de 30 % en 1991 et 1998. La proportion de salariés déclarant que leur travail est constitué de la répétition d'une série de gestes durant moins d'une minute évoluant dans la même proportion (de 4,97 % en 1984, à 7,17 % en 1998). De manière plus symptomatique encore, la proportion de salariés qui déclarent que leur rythme de travail leur est imposé par des normes ou des délais à respecter en une heure au plus a été plus que multipliée par 4 entre 1984 et 1998, passant de 5,2 % à 23,2 %. Source enquêtes conditions de travail MES-DARES 84-91-98.

(20) Cf. J.-P. CHAUCHARD, Anne-Chantal HARDY-DUBERNET (dir.), « La subordination dans le travail », DARES, coll. Cahier travail et emploi, déc. 2003.

(21) Cf. « Le travail en question », La découverte et Syros, Paris 2001, pp. 141 et s. (ouvrage qui dresse un compte rendu

des enquêtes sur les mutations du travail réalisées entre 1995 et 2001 par la CFDT).

(22) Source enquêtes conditions de travail MES-DARES 84-98.

(23) Proportion de salariés déclarant qu'une erreur dans leur travail peut ou pourrait entraîner une forte sanction à leur égard (risque pour l'emploi, diminution importante de la rémunération) Sources enquêtes conditions de travail MES-DARES 91-98.

(24) Outre les possibilités de la vidéo-surveillance, il faut ici rappeler les possibilités ouvertes par l'informatique. Cf. not. le rapport d'études de la CNIL sur « La cyber surveillance des salariés », mars 2001, et le rapport adopté sur le même sujet le 5 février 2002. Rapports consultables sur le site de la Cnil, www.cnil.fr. Le rapport de mars 2001 détaille les différents outils informatiques de contrôle des salariés (pp. 6 et s.), contrôles d'une particulière efficacité potentielle, dès lors que le salarié utilise l'informatique dans son travail. Les terribles potentialités des logiciels utilisables à des fins de contrôle sont à mettre en rapport avec le nombre croissant de salariés utilisant l'informatique: plus d'un salarié sur deux utilisait déjà l'informatique en 1998 (source enquête conditions de travail MES-DARES 98; *adde.* M. CÉZARD, L. VINCK (DARES), *Premières synthèses*, 98.12, n° 53.2).

pression constante que le chômage de masse permet d'exercer. En définitive, la naturelle propension du pouvoir à s'exercer en vue de son accroissement ne semble pas avoir été ralentie par le contexte économique. Les tentatives menées ici ou là en vue d'impliquer davantage les salariés dans l'entreprise, au travers de cercles de qualité ou d'autres modes de management participatif, apparaissent comparativement anecdotiques (25). Et l'ensemble se traduit en termes de montée du stress et du mal-être dans l'entreprise ou de pénibilité mentale croissante des conditions de travail (26).

Cet essor du pouvoir des employeurs, particulièrement visible lors de l'étude de l'emploi précaire (A) ou du temps de travail (B), s'accompagne d'un affaiblissement structurel du droit du travail (C).

A — L'ESSOR DE L'EMPLOI PRÉCAIRE

Depuis une vingtaine d'années, les contrats de travail à durée limitée ont connu un développement spectaculaire (27). Celui-ci est généralement compris comme une inéluctable évolution de l'emploi, reléguant peu à peu le contrat à durée indéterminée au rang de pièce de musée (28). Ce fatalisme a inspiré la recherche de nouveaux types de protections, abandonnant peu ou prou la recherche d'une stabilité de l'emploi, au profit de la continuité des trajectoires professionnelles et d'une meilleure protection des transitions vécues de l'emploi au non-emploi ou d'un emploi à un autre (29). Ces propositions ont un incontestable intérêt. Elles s'appuient cependant sur l'idée, contestable, d'une inexorable montée de la précarité.

L'essor des contrats à durée limitée n'est pas une conséquence de l'évolution des tâches à accomplir. L'évolution économique semble au contraire plaider en faveur d'un regain de stabilité. Le travail déqualifié et parcellisé, en voie de réduction, se prête *a priori* plus aisément à la précarisation des emplois. À l'inverse, la montée des tâches relationnelles ou cognitives conduit à une valorisation croissante des capacités de coordination et de compréhension du contexte particulier de l'entreprise. Les capacités à réaliser des tâches com-

plexes, spécifiques, les qualités requises pour entretenir des relations avec le public ou la clientèle sont des valeurs qui supposent bien plus d'intégration dans l'entreprise et d'expérience, qu'une simple tâche d'exécution mécanique simplifiée à l'extrême. L'évolution des tâches induites par la montée du secteur tertiaire et de la robotisation devrait ainsi favoriser globalement la stabilité. Cette tendance semble au demeurant confirmée par les faits dans les pays développés (30). En France particulièrement, l'ancienneté moyenne est ainsi passée de 10,4 années 1992, à 10,7 en 1995, à 11,3 en 1998 (31).

L'erreur semble avoir été de déduire de l'utilisation croissante des contrats à durée limitée une croissance de la précarité des tâches à accomplir. C'était omettre qu'avec ou sans la permission de la loi, les contrats à durée limitée sont souvent utilisés pour pourvoir à des emplois permanents. Dans un contexte d'accroissement de l'ancienneté moyenne, l'augmentation en nombre des salariés sous contrats à durée limitée ne signifie qu'une chose: les salariés les plus menacés de perte d'emploi, les salariés « jetables », sont en nombre croissant. La menace de rompre la relation de travail étant l'un des principaux ressorts du pouvoir patronal, il faut en déduire une montée de la domination économique exercée sur certaines catégories de salariés et non une évolution de la nature des emplois.

La fragilité croissante du droit protecteur de la stabilité ne peut plus, dès lors s'interpréter comme une adaptation du droit aux nécessités économiques. Et, de fait, l'ouverture du recours aux contrats de travail précaires, pratiqué par certains pays dans les années 1990, au nom de la promotion de l'« employabilité », n'a pas permis d'amélioration du marché de l'emploi, et ce de l'aveu même de l'OCDE (32). La diminution des contrats stables n'est que le regrettable affaiblissement d'une protection des salariés contre le pouvoir de fait des employeurs. Et ce, dans un contexte où ce pouvoir est de moins en moins économiquement utile.

Dès lors, le renforcement des protections de l'individu contre les transitions entre emplois ne doit pas être conçu comme une alternative à la recherche d'une

(25) Globalement, les efforts menés en vue d'un management participatif au cours des années 1990 sont largement passés inaperçus par les salariés. Et, lorsqu'ils sont reconnus, c'est généralement pour être jugés de manière plutôt négative par les salariés (cf. « Le travail en question », La découverte et Syros, Paris 2001, pp. 125 et s.). Ces tentatives étaient-elles plus formelles que réelles? Ont-elles été inspirées par une volonté d'accroître la participation du personnel à la gestion de l'entreprise ou simplement par une volonté de laisser croire en une telle évolution? Il est difficile de répondre statistiquement à de telles questions, mais le doute est pour le moins présent.

(26) Sur l'augmentation de cette charge subie par les salariés, cf. not. M. CEZARD et S. HAMON-CHOLET, « Travail et charge mentale », INSEE, *Premières synthèses*, n° 27.1, 99/07.

(27) De 1985 à 2000 les salariés du secteur privé employés sous contrats à durée limitée sont passés d'une proportion de l'ordre de 3 % à plus de 10 %. La légère décline de ces pourcentages au cours des années 2001, 2002 et 2003, laisse cependant cette proportion à un niveau important de l'ordre de 9 % (source INSEE, enquêtes Emploi).

(28) Cf. par ex. Alain LEBAUDE, « L'emploi en miettes », Hachette 1988, p. 67: « le contrat à durée indéterminée

reste et demeurera la pierre angulaire du Code du travail. Cela ne l'empêchera pas d'avoir le destin d'une pièce d'antiquité, vénérée pour sa signification d'un autre âge ».

(29) Sur ces projets, cf. not. le rapport de la commission Jean BOISSONNAT, « Le travail dans vingt ans », O. JACOB et la *Documentation française* 1995 et A. SUPIOT (dir.), « Au-delà de l'emploi », rapport pour la Commission européenne, Flammarion 1999. *Adde* not., F. GAUDU: « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. soc.* 1995, p. 635; S. DEAKIN, « L'évolution de la relation d'emploi », in P. AUER et B. GAZIER, « L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Dynamiques du changement et protection des travailleurs », OIT, IIES, 2002, pp. 213-228.

(30) Peter AUER et Sandrine CAZES, « L'emploi durable persiste dans les pays industrialisés », *Revue internationale du travail*, vol. 139 (2000), n° 4, pp. 428-459.

(31) *Source* Eurostat. Pour une démonstration statistique complète de la persistance et même du léger essor de l'emploi stable dans les pays développés, cf. P. AUER et S. CAZES préc.

(32) Perspectives de l'emploi, rapport de l'OCDE de juin 1999.

stabilité des relations de travail. Il doit être conçu comme une possible protection cumulative. Il n'est pas question de prôner ici la rigidité d'une garantie absolue d'emploi à vie. Il faut cependant reconnaître que la protection d'une meilleure sécurité de l'emploi est nécessaire, aujourd'hui plus encore qu'hier. Et celle-ci passe notamment par la prohibition renforcée de certaines utilisations des contrats précaires.

Le rapport de Virville du 15 janvier 2004 préconise à l'inverse, de « compléter l'éventail des contrats spéciaux existants » en créant un nouveau type de contrat à durée déterminée (33). Ce qui apparaît discutable, au vu du contexte sus-décrié.

B — LA SOUMISSION CROISSANTE DU TEMPS « LIBRE »

La limitation du temps de travail est, juridiquement, la limitation du temps de la subordination, du temps de la soumission. En dehors de son temps de travail, le salarié redevient un citoyen libre et égal à son employeur. Cette égalité retrouvée est si essentielle, qu'elle est la principale distinction, en droit, du servage et du salariat. Or, si la durée du travail régresse globalement en droit et dans les faits, cette réduction s'est accompagnée d'un affaiblissement de la frontière entre le temps soumis et le temps libre (34).

En droit français, l'employeur conserve la faculté d'ordonner à ses salariés l'exécution d'heures supplémentaires non prévues à l'avance, ce qui lui permet de se saisir unilatéralement d'un temps habituellement libre (35). L'ouverture récente des possibilités de recourir aux heures supplémentaires à moindre coût accroît l'étendue de ce pouvoir (36). Dans le cadre d'une

annualisation conventionnelle du temps de travail, l'employeur peut, en outre, se voir accorder un droit de modifier unilatéralement les horaires de travail de ses salariés, en respectant un simple délai de prévenance d'au moins sept jours (37). Plus généralement encore, en application de la loi du 17 janvier 2003, un salarié pourra être d'astreinte, c'est-à-dire être tenu de « demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise » (38), y compris pendant son temps de repos minimal (39). Depuis ce dernier essor des possibilités ouvertes aux employeurs de recourir au travail à la demande, il n'est plus guère de temps dit « libre » qui ne puisse être réquisitionné au commandement de l'employeur, si l'on en croit la loi française (40). Et la création de flexibilités nouvelles est encore à l'ordre du jour (41).

Cette évolution est d'autant plus inquiétante que l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication permet aisément de conserver une attache permanente du salarié à son employeur.

C — L'INFLUENCE CROISSANTE DES EMPLOYEURS SUR LA TENUE DU DROIT

L'évolution actuelle des sources du droit du travail est marquée par deux phénomènes essentiels : un affaiblissement de la loi face aux conventions collectives (42), et un affaiblissement des conventions de branches face aux conventions d'entreprise.

Jusqu'à la fin des années 1970, la loi et le règlement fixaient un socle protecteur intangible, que la négociation collective ne pouvait qu'améliorer. Depuis le début des années 1980, timidement d'abord, puis de manière

(33) Cf. la proposition 19 du rapport de Michel de Virville du 15 janvier 2004, « Pour un Code du travail plus efficace », (disponible sur www.travail.gouv.fr/pdf/rapdeVirville.pdf)

(34) Sur cette question, cf. not. J.-E. RAY, « Temps professionnels et temps personnels », *Dr. soc.* 2004, pp. 58 et s.

(35) Cf. not. Soc. 9 mars 1999, *Bull.* V, n° 103; *Dr. soc.* 1999, p. 630, obs. P.-H. ANTONMATTÉI. « L'employeur peut aussi supprimer unilatéralement des heures supplémentaires précédemment imposées », cf. Soc. 10 mars 1998, *Bull.* V, n° 124.

(36) L'employeur dispose désormais d'un contingent annuel d'heures supplémentaires à sa disposition de 180 heures par an et par salarié (art. D. 212-24 C. trav., décret du 15 octobre 2002). Un accord de branche étendu ou même un simple accord d'entreprise peuvent réduire à 10 % la rémunération supplémentaire due pour les heures supplémentaires (art. L. 212-5 C. trav., lois du 17 janvier 2003 et du 4 mai 2004).

(37) Art. L. 212-8 al 8 du Code du travail. Et encore ce délai minimal n'est qu'un principe : l'article précise que, dans certains cas, un délai de prévenance encore inférieur pourra être prévu.

(38) Art. 212-4 bis du Code du travail.

(39) Le temps d'astreinte est compté comme un temps de repos : art. L. 212-4 bis préc. Le temps de repos minimal est, sauf exceptions, de onze heures consécutives par jour (art. L. 220-1 C. trav.) auxquelles s'ajoutent un repos hebdomadaire de 24 heures (L. 221-4 C. trav.) et une pause d'au moins vingt minutes toutes les six heures de travail (L. 220-2 C. trav.).

(40) L'invalidation par la jurisprudence européenne de cette dernière innovation de la loi du 17 janvier 2003 apparaît possible. L'arrêt *Jaeger* de la Cour de justice de l'Union du 9 septembre 2003 (aff. C-151/02) affirme avec force que la notion de temps de repos est un concept du droit européen. Il n'appartient pas, par conséquent, au législateur français d'en disposer. Le droit européen semble s'orienter vers la solution suivante : un temps d'astreinte devrait pouvoir être ordonné pendant le temps de repos minimal du salarié, mais seulement dans le cadre des dérogations au temps de repos minimal que la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 permet, dans certaines professions (cf. le très long article 17 de la directive).

(41) Cf. les propositions du rapport de Virville précité. Parmi celles-ci on notera, par exemple, la proposition d'une ouverture de la possibilité de recourir au forfait en jours pour le calcul du temps de travail. Ce forfait, en supprimant la référence aux heures travaillées, ouvre la possibilité d'un accroissement considérable du temps travaillé (cf. pp. 88 et s. du rapport). V. aussi la proposition d'ouvrir encore le cadre des modulations possibles dans le cadre du travail à temps partiel, en remplaçant le travail à temps partiel mensuel, qui assurait au moins une régularité sur le mois, par un contrat à temps partiel « plurihebdomadaire », permettant une variation du temps de travail sur une durée pouvant a priori excéder largement le mois (cf. p. 93 du rapport). V. encore la proposition de préciser les « adaptations nécessaires » au principe d'une fixation contractuelle de la répartition du temps de travail au sein des contrats de travail intermittents (p. 89).

(42) Sur cette question, v. not. A. SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003, p. 59; G. BORENFREUND et M.-A. SOURIAU « Les rapports de la loi et de la convention collective », *ibid.*, p. 72.

de plus en plus marquée, la loi a reconnu aux négociateurs collectifs la faculté de réduire certains avantages légaux. Ce caractère supplétif de la loi, encore développé par la loi du 4 mai 2004 (art. 43), concerne désormais des pans entiers du droit du travail, et notamment l'essentiel de la réglementation du temps de travail. Avec cette fonction nouvelle, la convention collective s'érige peu à peu en source concurrente de la loi. Sur le modèle de la négociation collective européenne, les partenaires sociaux réclament même qu'aucune loi ne puisse être votée dans le domaine social, sans que le projet de loi ne leur ait été soumis au préalable et sans qu'il ne leur ait été laissé le temps d'une négociation (43). Un éventuel accord devrait alors être repris par le Parlement, sans que celui-ci puisse porter atteinte à son équilibre (44). La soumission du législateur aux injonctions des partenaires sociaux, déjà fréquente (45), serait alors généralisée. Ce qui donnerait naissance à une étrange négociation collective supra-législative. Il ne s'agit pour l'heure que d'une revendication, mais celle-ci a reçu un ferme soutien de la part du Gouvernement, lequel s'est engagé solennellement à se soumettre à ce désir des partenaires sociaux (46). Et l'intégration au sein de la Constitution d'une soumission partielle du législateur aux partenaires sociaux est d'ores et déjà évoquée (47).

En plus de cette réduction progressive de la force de la loi face à celle des conventions collectives, il faut constater l'affaiblissement des conventions collectives de branche vis-à-vis des conventions collectives d'entreprise. Par sa jurisprudence *Géophysique*, la Cour de cassation avait déjà autorisé une convention d'entreprise à détruire un avantage issu de la négociation de branche, en échange d'un autre avantage comme par

exemple une garantie de maintien de l'emploi (48). Selon la loi du 4 mai 2004, un tel échange n'est même plus nécessaire et les avantages prévus par une convention collective de branche pourront désormais, en principe, être détruits sans contrepartie par les conventions d'entreprise (49).

Ces évolutions sont parfois perçues positivement. On y voit l'essor de l'« autonomie collective », la possibilité d'adaptations fines du droit du travail à ses différents contextes et l'abandon progressif de la rigidité et de l'uniformité imputées au droit du travail. Elles sont pourtant inquiétantes à plus d'un titre. L'état du marché du travail, le faible taux de syndicalisation, la division et le caractère encore largement national des syndicats de salariés, interdisent de voir dans la négociation collective un rapport de force équilibré. La domination des employeurs sur la négociation est de plus en plus patente, particulièrement au niveau des entreprises.

Face à cette difficulté bien connue, l'accroissement du rôle des organisations syndicales majoritaires, que prévoit la loi du 4 mai 2004, apparaît à bien des égards inférieur aux attentes (50). Il ne saurait en toute hypothèse apparaître comme une solution miracle face au déséquilibre de la négociation collective, lequel est principalement la conséquence de facteurs extra-juridiques comme la conjoncture économique ou la crise du syndicalisme. De plus – faut-il encore le rappeler? – la négociation collective n'est pas de même nature que la loi. Au niveau de l'État, la démocratie accorde une voix à chaque individu, qu'il soit salarié ou employeur. Et les salariés sont très nettement plus nombreux que les employeurs. Au niveau de la négociation collective, quelle que soit leur importance numérique respective,

(43) Cf. La Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens d'approfondissement de la négociation collective, adoptée par le MEDEF, la CGPME et l'UPA du côté patronal et par la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC côté salarial, *Dr. soc.* 2003, pp. 92 et s., point III, 3., p. 95.

(44) *Ibid.*

(45) Cf. par exemple l'art. 6 I de la loi du 12 novembre 1996, article qui mentionne expressément l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, tout en intégrant dans la loi les modifications légales exigées par cet accord. Plus récemment, le législateur a suspendu l'application de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, dans l'attente d'un projet de loi rédigé « au vu des résultats de la négociation interprofessionnelle engagée entre les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national » (art. 1, II de la loi du 3 janvier 2003). On peut encore noter que les lois relatives à la formation professionnelle sont pour l'essentiel issues des accords de 1971, 1991 et 2003.

(46) Cf. l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, aux termes duquel « le Gouvernement prend l'engagement solennel de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail. Par conséquent, il saisira officiellement les partenaires sociaux, avant l'élaboration de tout projet de loi portant réforme du droit du travail, afin de savoir s'ils souhaitent engager un processus de négociation sur le sujet évoqué par le Gouvernement ».

(47) Cf. le rapport de Virville (*op. cit.*, p. 65), qui affirme que cette soumission partielle du législateur pourrait « à bon droit prendre ultérieurement une forme constitutionnelle » et qui formule quelques propositions pour en préciser l'am-

pleur (le législateur pourrait tout de même conserver le droit de formuler quelques principes fondamentaux d'ordre public...).

(48) Soc. 19 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 70; *Dr. soc.* 97, p. 432, obs. G. COUTURIER. La seule condition mise à cette destruction était que l'échange apparaisse globalement plus favorable aux juges, appréciation qui ne pouvait qu'être bien aléatoire dès lors que les avantages n'avaient pas du tout le même objet. Pour une critique de cette solution, cf. G. COUTURIER préc. et E. DOCKÈS, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Droit ouvrier*, 1997, pp. 503 et s.

(49) Cf. l'art. L. 132-23 nouveau du Code du travail. Cette supériorité de principe de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche ne vaut que pour les accords de branche postérieurs à la loi du 4 mai 2004 (art. 45 de cette loi). Elle est aussi exclue dans certains domaines comme les salaires et en cas de stipulation expresse contraire de l'accord de branche (art. L. 132-23 al. 3 et 4 *nx C. trav.*). V. aussi l'art. L. 132-13 nouveau du Code du travail, lequel affirme la supériorité de principe du niveau de négociation le plus restreint en cas de conflit entre conventions de branches et (ou) conventions interprofessionnelles.

(50) Cf. le texte alambiqué, truffé de réserves et d'exceptions, de l'art. L. 132-2-2 du Code du travail, issu de la loi du 4 mai 2004). V. aussi l'accroissement des possibilités ouvertes aux employeurs de conclure un accord collectif avec des salariés non syndiqués (cf. l'art. L. 132-26 du Code du travail, issu de la loi du 4 mai 2004). Comme la position commune du 16 juillet 2001 précitée, point 2, p. 93. *Adde*, not. G. LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355; P.-H. ANTONMATTÉI, « Négociation collective, brève contribution au débat sur la réforme », *ibid.*, pp. 87 et s.

salariés et employeurs sont à « égalité ». Remplacer la loi par la négociation collective revient à accorder aux employeurs, soit à une petite minorité du corps électoral, un droit de veto sur toute règle de droit du travail nouvelle (51).

En bref, on assiste actuellement à un déplacement des sources du droit du travail vers les lieux où le pouvoir patronal s'exprime avec le plus de force. La prétendue recherche d'adaptation et de souplesse revendiquée par le patronat français, sous des termes à forte connotation égalitaire, comme la « contractualisation » ou « l'autonomie » collective, est une volonté de puissance, une revendication de maîtrise accrue du contenu des règles du droit du travail (52). Et cette revendication est toujours mieux satisfaite, depuis une vingtaine d'années, sans que l'on puisse prédire où elle va s'arrêter.

*

* *

L'actuel essor du pouvoir des employeurs a d'abord des causes économiques, parmi lesquelles on peut compter la persistance d'un taux de chômage très élevé.

Mais, son efficacité décroissante le prive de justifications économiques. Dans un tel contexte la nécessité d'un droit du travail ayant pour objet d'encadrer le pouvoir des employeurs est plus que jamais confirmée.

Cette nécessité a été perçue, dans une certaine mesure, par les juges, lesquels sont directement au contact des difficultés pratiques rencontrées, au travers des litiges. Aussi la jurisprudence a-t-elle, ces dernières années, globalement renforcé l'encadrement du pouvoir. Ce renforcement s'est manifesté en plusieurs occurrences (53). Depuis 1988, l'employeur ne peut plus exercer son pouvoir juridique sur le montant du salaire (54). Le refus plus général de tout pouvoir de direction de l'employeur sur le contenu du contrat date de 1996 (55). Et cette solution, initialement limitée au pouvoir de direction, a été étendue au pouvoir disciplinaire en 1998 (56). L'œuvre demeure importante, quoiqu'elle soit aujourd'hui fragilisée (57).

La mesure du problème semble, en revanche, avoir totalement échappé au législateur. En témoignent notamment les lois du 17 janvier 2003 et du 4 mai 2004, lesquelles accroissent encore les pouvoirs des employeurs ■

(51) La place essentielle de la négociation collective au sein du droit du travail dans un pays comme les États-Unis ne saurait servir d'exemple. D'une part ce pays connaît une législation dont le contenu, même peu attrayant, demeure d'ordre public. D'autre part, le relatif abandon de la matière par le législateur aux négociateurs collectifs a produit certains inconvénients majeurs. On se contentera de rappeler les très fortes inégalités subies selon la présence ou l'absence d'une couverture conventionnelle digne de ce nom et la situation désastreuse des salariés dépourvus de toute convention collective. Ces inconvénients seraient aggravés en France par la faiblesse des syndicats français, laquelle est plus grande encore que celle des syndicats des États-Unis.

(52) Sur les difficiles rapports du droit contractuel et de l'ordre public dans une perspective plus générale, cf. Ph. GÉRARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE (éd.) « Droit négocié, droit imposé? », Bruxelles, Pub. des fac. Universitaires de Saint Louis 1996, 696 p.

(53) Sur la montée du contrôle du juge, cf. Ph. WAQUET, « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.* 1996, p. 472. *Adde*, par exemple, sur la montée de ce contrôle en matière du pouvoir de changer le lieu de travail du salarié expressément

prévu par une clause contractuelle de mobilité, cf. Soc. 16 février 1987, *Bull. V* n° 83; 9 mai 1990, *Bull. V* n° 210; 10 janvier 2001, *Bull. V* n° 3; 6 février 2001 et 10 février 2001, *RJS* 4/01 n° 412; Soc. 29 janvier 2002, *Bull. V* n° 39.

(54) Sur l'exclusion de principe du pouvoir de l'employeur sur le montant et le mode de calcul du salaire, cf. Cass. soc. 28 janvier 1988, n° 370 PBR, *Systia*, *RJS* 3/98, n° 274, note E. DOCKÈS, pp. 168 et s. Sur la nullité des clauses de variation du salaire selon la volonté de l'employeur, cf. Soc. 2 juillet 2002, *Bull. V* n° 224.

(55) Arrêts *Le Berre* et *Vanderdonck* du 10 juillet 1996, préc.

(56) Soc. 16 juin 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 803, rapp. Ph. WAQUET, *JCP* éd. E, 1789, note D. CORRIGNAN-CARSIN; *D.* 2000, somm. 171, obs. M.-C. AMAUGER-LATTÈS.

(57) Cf. par ex. les deux arrêts de la Cour de cassation du 3 juin 2003, qui suppriment la force obligatoire de certaines clauses du contrat de travail, qualifiées improprement d'« informatives », afin d'étendre d'autant le pouvoir unilatéral de l'employeur (*Dr. soc.* 2003, p. 884). Pour une critique de ces arrêts, cf. not. Jean PÉLISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », *RJS* 01/03, p. 3; M. VÉRICEL, note au *JCP* 2003, éd. G. II, 10165.