

G. Lyon-Caen, Le droit du travail.  
Une technique réversible.  
Daloz, 1995, p. 3-8

## § 2. Protection, flexibilité ?

Le destin du Droit du travail, dans les mots, est étrange. Il fut un temps où il étonnait, parce que constitué d'un catalogue de droits reconnus par la loi au salarié ou aux salariés collectivement, et imposés à l'entreprise qui les employait. De ce temps pas si éloigné date la formule, erronée dans son énoncé catégorique, que le Droit du travail avait pour fin de **protéger** le travailleur salarié, partie faible au contrat de travail, placé en outre en état de subordination au cours de son exécution.

Vint alors une époque où le Droit du travail fut contesté en bloc, comme tel. Il était accusé pêle-mêle de faire peser sur l'entreprise des **contraintes** et des **charges** trop lourdes, faisant obstacle à la liberté de gestion ; de la placer en situation d'infériorité par rap-

port aux agents économiques situés dans des pays à large permissivité ; d'être ainsi une des causes du ralentissement de l'emploi, donc du chômage. L'intérêt de tous serait de s'en débarrasser ; de « déréglementer ». À l'idée vague de **protection** est alors substituée celle aussi floue de **flexibilité**, laquelle s'abrite derrière la nécessité de favoriser l'emploi.

On entend dire aussi que les rapports de travail étaient le siège d'une perpétuelle **épreuve de force** ; que le Droit n'y était qu'apparence ; que chacune des « parties » avait sa stratégie au sein de laquelle les raisonnements juridiques ou les débats judiciaires ne figuraient que comme des moyens. La force avait été un temps du côté de l'action collective ouvrière. L'ouvrier se faisant rare et l'organisation syndicale s'étant grandement affaiblie — le mouvement pendulaire était revenu du côté de la liberté d'entreprise, la menace du chômage achevant d'annihiler toute éventuelle résistance des salariés. L'entreprise était en position de force, fournisseuse de cette denrée rare : le travail. Elle devait être libérée de toute contrainte.

À celui qui observe la longue durée (le siècle), chacun de ces points de vue ne montre qu'une vérité partielle. Le Droit du travail ne mérite ni l'adoration, ni le bûcher ; pas plus la troisième voie de l'indifférence. Il ne « protège » pas celui qui travaille ; il ne « gêne » pas celui qui fait travailler autrui pour son profit ; il ne camoufle pas de simples rapports de force. Il est nécessaire à la régulation des rapports qui président à la vie économique en instituant un équilibre (toujours instable) entre les besoins des entreprises — employeurs, et les revendications de ceux qui travaillent pour elles. Il donne son cadre au marché. Ce qui est vrai, c'est qu'un perpétuel débat d'idées — à chaque époque — préside à son interprétation.

## § 3. Changement, permanence ?

Le contenu de ces règles apparaît sans cesse en mouvement, pourvu d'une instabilité foncière (contre-

disant, à la limite, l'idée même de Droit). On a souvent dit que le Droit du travail était un Droit instrumental, un outil au service d'une politique économique et sociale ; bref une pure réglementation changeante selon la conjoncture.

La consultation du Code du travail éclaire cette remarque. La France, pratiquement seule de son espèce, a prétendu faire du Droit du travail un Droit codifié, ce qui peut surprendre eu égard à l'extrême mobilité des normes qui le constituent. Mais ce code n'est qu'une compilation maladroite : chaque article est fait de sédiments législatifs qui se substituent ou s'ajoutent à des sédiments antérieurs avec une cohérence approximative. À chaque changement de majorité politique des mesures sont adoptées conformes au programme sur lequel elle a été élue : sensibilité politique du Droit (laquelle n'est pas vraiment une surprise). La conjoncture économique dicte telle ou telle mesure temporaire qui sera ultérieurement amendée ou supprimée : influence de l'économie sur le Droit (laquelle n'est pas sérieusement niable).

Ces considérations s'opposent-elles à ce qu'on découvre ici l'existence de **principes juridiques fondamentaux**, constants, traversant l'événement ? Non pas ; la difficulté est de les trouver et de les formuler. L'écume des dispositions change sans cesse ; le fond de la mer demeure avec ses principes stables. Le régime économique et social ne se confond pas avec une conjoncture politique ou économique.

C'est principalement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'on trouve l'expression de ceux de ces principes qui ont valeur constitutionnelle. D'autres sont des principes généraux du Droit. Même la Cour de cassation ne répugne pas toujours à dire « qu'il est de **principe** que » (que la responsabilité du salarié envers l'entreprise n'est engagée qu'en cas de faute lourde — que l'employeur a l'obligation d'adapter son personnel à l'évolution des emplois). Le Conseil d'État refusant de faire application du Code du travail à des agents publics non fonctionnaires, a dû les assujettir aux **principes généraux** du Droit du travail (la protection de la femme enceinte ; l'interdiction des sanctions

pécuniaires). En définitive, le juge garant des libertés individuelles du travailleur-citoyen, joue un rôle qui s'accroît en proportion du déclin de l'action collective. Et il dégage des principes de stabilité.

#### § 4. Progrès social, réversibilité ?

Les règles juridiques ne sont dans cette province du Droit jamais univoques. Elles seront utilisées par les entreprises, ou par les syndicats —, par l'employeur ou par le salarié, selon leur intérêt du moment. Ainsi de la fermeture des établissements le jour du repos dominical : le respect de la règle sera revendiqué par les salariés désireux d'en bénéficier, mais le sera aussi par les entreprises soucieuses de ne pas voir un concurrent attirer la clientèle à leurs dépens. Même remarque, et plus pertinente, pour la convention collective de travail, technique juridique fondamentale permettant aux syndicats d'obtenir par la négociation des avantages au bénéfice des salariés — mais utilisée avec autant de savoir faire par les employeurs, soit pour égaliser entre eux la concurrence, soit pour obtenir des concessions de leur interlocuteur syndical en période de difficultés. Le Droit du travail est donc constitué de règles et d'institutions à double sens et toutes **réversibles**, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu'on les présente sous une face ou une autre. Le rôle de l'argumentation juridique y est de ce fait décisive pour faire triompher un point de vue.

Un exemple parmi d'autres : le régime de la grève. Est-il favorable aux salariés ? Protecteur des intérêts de l'entreprise ? Il est simultanément les deux ; car, façonné sur un siècle par les tribunaux, le conseil constitutionnel, le législateur (plus rarement), la pratique et l'usage à l'aide de multiples concepts plus ou moins opératoires, il est si complexe qu'aucun employeur, ni aucun salarié ne peut être assuré à l'avance que son comportement au cours d'une grève sera ou non, jugé conforme au Droit positif. Il permet aux salariés d'inter-

rompre leur travail ; il ne désarme pas pour autant le chef d'entreprise. C'est la maîtrise de l'ensemble des techniques juridiques qui fera que tel employeur pourra prendre contre un gréviste une sanction disciplinaire, alors que tel autre sera contraint de réintégrer dans son emploi un gréviste qu'il avait licencié illicitement. D'autres exemples ? Les mécanismes de la preuve, le jeu des présomptions permettront d'accroître ou de diminuer la sphère du travail indépendant au détriment de celle du salariat. La durée limitée ou indéterminée de l'embauche permettra selon les époques de précariser la main-d'œuvre ou de se ménager une main-d'œuvre stable. La révision permettra de restreindre des droits et avantages, jamais définitivement acquis et d'alléger le coût du travail. La libre résiliation du contrat facilitera l'ajustement des effectifs : l'inversion de tendance économique est donc épaulée par la réversibilité des techniques juridiques. **G. Vico**, plus perspicace qu'Hegel ou Marx sur ce point, disait que l'histoire est faite de **corsi** et **ricorsi**, de marches en avant et de retours **en arrière**, retours qui seuls permettent la reprise de la **marche en avant**. On s'appuie nécessairement sur des institutions traditionnelles qu'on redécouvre si nécessaire pour promouvoir des réformes. Le Droit du travail, c'est Pénélope devenue juriste.

#### § 5. Intervention de l'État, liberté d'entreprise ?

Le dilemme (qui est d'origine) est un faux dilemme. La pierre d'assise est certes la liberté économique ; mais l'État n'a cessé de dire son mot ; intervenant en sens différent selon les époques ; pour corriger ou canaliser la liberté de l'entrepreneur, lorsque la loi a décidé par exemple d'imposer un congé annuel rémunéré, lorsqu'elle a fixé un plancher aux salaires avec le SMIG puis le SMIC ; — pour tenir compte en sens inverse des exigences de l'entrepreneur lorsqu'il réduit le coût du travail par des exonérations de cotisations sociales ; lorsqu'il met à la disposition des entreprises

des formes contractuelles avantageuses pour elles en leur permettant de ne conserver à leur service le personnel que pendant le temps limité ou elles en ont l'utilisation effective (contrats de durée déterminée ; légalisation de l'intérim ; aménagement du temps de travail sur l'année entière avec périodes travaillées et périodes non travaillées). Ainsi l'État est sollicité d'intervenir des deux côtés (il y a des revendications des employeurs et pas seulement des travailleurs) **et il est toujours intervenu** : « sub lege, libertas ».