

Le droit du travail en changement^{*}

Essai d'interprétations

Jérôme Porta^{**}

Le droit du travail a connu de nombreuses réformes depuis le milieu des années 1980, son architecture ayant en particulier été profondément remodelée au cours de cette dernière décennie. Signe d'un basculement dans la compréhension de leur portée, un questionnement se fait jour au-delà du seul constat de la mise en cause des protections offertes par le droit du travail : ces transformations ne correspondraient-elles pas à l'émergence d'un nouveau « modèle », voire d'un nouveau « paradigme » ? Pourtant la définition de cette nouvelle idée du droit du travail ne fait pas consensus. Au contraire, ses évolutions sont désormais sujettes à conflits d'interprétations. L'émergence de ce questionnement n'en mérite que plus d'être pris au sérieux. En effet, annoncer l'émergence d'un nouveau « modèle » ou « paradigme », ce n'est pas seulement tenter de décrire l'ampleur des changements de la réglementation du travail. Cette affirmation est surtout révélatrice de la fragilisation des cadres d'interprétation qui structurent la discipline du droit du travail. C'est à l'étude de ces « interprétations » et des conflits nés de leur pluralité qu'est consacré cet article.

L'invocation de la crise du droit du travail procède d'une rhétorique ancienne (LYON-CAEN A., JEAMMAUD, 1986 ; LYON-CAEN G., 1995a ; DE MUNCK, 1999). Elle n'en conserve pas moins une singulière vigueur et l'apparence non démentie de la nouveauté. L'aggravation de la situation financière et bancaire depuis l'automne 2008 s'est accompagnée de son cortège de réflexions et d'écrits sur la crise du droit du travail en France (VERKINDT, 2012) et plus largement en Europe (LOKIEC, ROBIN-OLIVIER, 2012 ; ESCANDE VARNIOL *et al.*, 2012 ; LANG *et al.*, 2013). Trop souvent décrits de manière déterministe, les rapports du droit du travail à la crise ont toujours été difficiles à conceptualiser (PESKINE *et al.*, 2012). Mais la vague de réformes entamées en France,

* La référence en forme d'hommage à l'article d'Antoine JEAMMAUD (1998), « Le droit du travail en changement » ne doit évidemment rien au hasard.

** Professeur de droit, université de Bordeaux, COMPTRASEC UMR 5114 ; jerome.porta@u-bordeaux.fr.

avec un certain retard en comparaison de ses voisins européens, a profondément altéré le dessin du droit du travail.

Sur une séquence courte de quelques années, l'ampleur des réformes opérées par les lois de sécurisation de l'emploi en 2013¹, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale en 2014², Macron³ et Rebsamen en 2015⁴, Travail en 2016⁵, et par les ordonnances Macron en 2017⁶ a profondément modifié l'architecture de la réglementation des rapports de travail subordonné. Les transformations apportées ainsi à ce régime de travail apparaissent d'une ampleur d'autant plus grande qu'elles prolongent d'autres réformes déjà engagées sur le terrain de la représentation syndicale⁷, de la négociation collective⁸ ou encore de la formation professionnelle⁹. À dire vrai, il n'est pas aisé de dater le début de ce mouvement de réformes tant elles semblent s'être succédé à un rythme effréné depuis le tournant libéral du milieu des années 1980. Elles ont été justifiées par une litanie de rapports publics. La part prise par la rhétorique économique dans la justification des réformes du droit du travail paraît être devenue un genre spécifique de ces rapports. Les critiques portées au droit du travail ont trouvé un solide appui dans les évaluations produites par des clubs, des *think tanks* et des institutions – telles que l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ou l'Union européenne (UE) – et ont été renforcées par la mise en scène de la globalisation et de ses effets (MOREAU, 2006 ; SUPIOT, 2015b). Paré de toutes les inefficacités, de toutes les complexités, de toutes les rigidités, le droit du travail n'a pourtant cessé, paradoxalement, d'être remis sur le métier par les réformateurs. Des réformes du droit du travail, on attend souvent qu'elles soient menées au nom de l'attractivité économique (discours porté par l'OCDE ; DALMASSO, 2014), d'un meilleur fonctionnement du marché du travail et du soutien à l'emploi (Stratégie européenne pour l'emploi, SEE ; SALAIS, 2004) ou des équilibres macro-économiques au sein de la zone euro (soutenus par la gouvernance du semestre européen ; CLAUWAERT, 2018).

La description des altérations que connaît le droit du travail à la suite de ces réformes successives emprunte à un vocabulaire éprouvé de longue date : dérégulation,

-
1. Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.
 2. Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.
 3. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
 4. Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.
 5. Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.
 6. Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ; ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.
 7. Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
 8. Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.
 9. *Ibid.*

sécurisation, simplification, décentralisation, libéralisation, etc. Les qualificatifs ne manquent pas et se retrouvent d'une réforme à l'autre. Est-ce à dire que le dernier cycle des réformes engagées dans la suite de la crise financière ne constitue qu'un énième aménagement libéral d'une branche du droit sans cesse en restructuration ? Il ne semble pas que ce soit le cas.

Il n'est pas aisé de prendre la juste mesure des changements du droit du travail. Certes, chaque réforme s'accompagne de son lot de commentaires doctrinaux, souvent regroupés au sein de numéros spéciaux de revues académiques ou professionnelles qui, tout à la fois, décrivent, critiquent et opérationnalisent les modifications apportées au droit positif par le législateur. Signe d'un basculement dans la compréhension de ces transformations, un questionnement se fait jour au-delà de l'amoindrissement des protections et des garanties offertes par le droit du travail : ces transformations ne correspondraient-elles pas à l'émergence d'un nouveau « modèle », voire d'un nouveau « paradigme » du droit du travail (LYON-CAEN A., SACHS, 2013 ; SACHS, 2013b ; PERULLI, 2015, 2018 ; GÉA, 2017 ; SACHS, WOLMARK, 2017 ; BORENFREUND, SOURIAC, 2018 ; DOCKÈS, 2018 ; SCIBERRAS, LAFORE, 2018)¹⁰ ? Pourquoi un tel questionnement aujourd'hui ? Faut-il y lire la fin, parfois prophétisée, d'une certaine idée du droit du travail (LOKIEC, 2015a) ? Pour prendre la mesure de ce questionnement sur l'idée même du droit du travail, il faut bien en saisir, au-delà de l'objet qu'il tente de décrire (le droit du travail en tant que branche du droit et ses transformations), ce à quoi il engage (repenser le droit du travail, ici en tant que discipline et son herméneutique)¹¹.

Annoncer l'émergence d'un nouveau « modèle » ou « paradigme », c'est tenter de décrire l'ampleur des transformations de la réglementation du travail. En cela, le constat vise à rendre compte du droit du travail compris en tant que branche. Mais la description des transformations associée à l'affirmation de l'émergence d'un nouveau « modèle » ou « paradigme » est aussi révélatrice de la fragilisation des cadres d'interprétation qui structurent la discipline du droit du travail. C'est ce que montrent les impensés à partir desquels elle se déploie et les difficultés auxquelles elle se heurte.

En premier lieu, la définition même du « modèle » de droit du travail qui serait mis en cause n'est pas évidente et fait l'objet de disputes doctrinales¹² : les histoires, les fonctions et les doctrines du droit du travail sont indubitablement plurielles et controversées. Plus qu'un autre champ disciplinaire, le droit du travail s'est d'ailleurs construit en tenant compte de cette dialectique conflictuelle, en faisant place au pluralisme syndical, au conflit et à la négociation collective comme mode de production des

10. Ces réflexions ne sont pas entièrement neuves. Elles ont eu d'autres moments, cf. par exemple JEAMMAUD, 1998.

11. À des fins de clarification, nous reprenons là une distinction ailleurs développée entre la branche, « segment d'un ordre juridique déterminé », et la discipline, « activité ou ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches différentes de l'ordre juridique concerné) » (JEAMMAUD, 2010, p. 181). Cf. également PÉLISSIER *et al.*, 2008.

12. La présentation visant à situer le droit du travail par le manuel d'Elsa PESKINE et Cyril WOLMARK (2019) rend fidèlement compte des dialectiques à l'œuvre concernant l'idée de droit du travail.

normes ou au paritarisme dans les conseils de prud'hommes. Plutôt que de la mise en cause, ou des changements, d'un « modèle » ou d'un « paradigme », il faut d'abord et plus modestement voir dans ce questionnement une mise à l'épreuve des interprétations communément mobilisées pour rendre compte du droit du travail.

En deuxième lieu, la description des changements du droit du travail ne peut se résumer à la simple comptabilité des modifications législatives. À elle seule, celle-ci n'est pas, au sens fort du terme, signifiante, car les réformes législatives ne sont pas sources uniques du changement du droit du travail. La tentation peut être grande d'adopter une conception légicentrée du changement en droit du travail, pour ne décompter que les réformes législatives. Il faut s'en préserver. Les changements en droit ne sont pas toujours législatifs. Les juges, les commentateurs du droit, les pratiques administratives, les négociations collectives sont autant d'éléments concourant aux transformations. Y compris en droit, il importe probablement de se départir d'une foi trop grande dans le volontarisme législatif (PORTA, 2014). Bien souvent, de la réforme à sa mise en œuvre, il y a au sein même du système juridique bien plus qu'une question de délai. Non seulement l'implémentation de la réforme dans le système juridique prend du temps, parfois plusieurs années¹³, mais les décisions de justice, les négociations collectives retravaillent puissamment le sens de la réforme. À tout le moins, rendre compte d'un changement, décrire un nouvel état du droit du travail exigent au préalable une interprétation, c'est-à-dire un choix au sein du droit positif pour là mettre en lumière et ici obscurcir. La description du droit du travail et de ses changements requiert, en même temps qu'elle la justifie, une interprétation.

Pour saisir ce à quoi engage cette préoccupation, il importe ainsi de revenir sur le statut de ces « interprétations » pour l'activité doctrinale. Ce questionnement concerne le droit du travail pris en tant que branche et en tant que discipline car au-delà de son intérêt intellectuel et politique, il renferme des enjeux disciplinaires et méthodologiques. Il engage en définitive la manière dont est décrit le droit du travail et ses évolutions. Pour en saisir pleinement l'enjeu, il importe de s'arrêter sur cette activité de description du droit par la doctrine juridique. Il est désormais courant de distinguer entre deux savoirs sur le droit selon qu'ils adoptent un point de vue interne ou externe. Le point de vue externe peut être celui de la sociologie ou de l'économie qui sont « des activités de connaissance contemplant ce droit de l'extérieur, même si elles doivent prendre en compte l'organisation interne du système (son "outillage", ses catégories) et le point de vue de ses acteurs dès lors qu'il appartient à leur objet » (JEAMMAUD, 2010, p. 186 ; cf. également OST, VAN DE KERCHOVE, 1987, p. 69 et suivantes). La description doctrinale du droit implique, pour sa part, un point de vue interne, en ce sens qu'elle est au nombre de ces « activités ou disciplines dont les opérateurs se maintiennent "à l'intérieur" du système de droit » (PESKINE, WOLMARK, 2019, p. 186). L'adoption d'un point de vue interne pour la description du droit a une vocation pratique. Adressée aux

13. Le flux continu des réformes est parfois illusoire, la réforme suivante effaçant les dispositifs mis en place par la précédente, sans leur laisser l'opportunité d'exister.

opérateurs du droit, elle concourt à la « vie du droit » (CARBONNIER, 1994, pp. 16-17). Savoir pratique, la description doctrinale requiert moins une explication qu'une interprétation du droit positif car elle prétend en rendre compte au départ de sa cohérence interne et de sa rationalité supposées données. La description doctrinale propose aux opérateurs du droit de comprendre leurs activités comme orientées par le droit. Elle en donne une compréhension opérationnelle, c'est-à-dire utile à sa mobilisation pour les opérations du droit. Ce sont les canons d'une telle interprétation qui se nouent au travers des exercices de définition du droit du travail. La description doctrinale implique en effet le pari d'une certaine cohérence du droit du travail, pris en tant que branche. Elle doit présupposer une unité sémantique et une certaine homogénéité des biens, valeurs et fonctions. Ce pari s'actualise au sein de proposition de « modèle », de « paradigme », ou plus exactement dans notre perspective, d'interprétations. Tel est, en définitive, l'enjeu disciplinaire des controverses doctrinales à propos de l'idée du droit du travail et de ses évolutions (LYON-CAEN G., 1951 ; SUPIOT, 1990).

Quelles sont les « interprétations » convoquées pour rendre compte du droit du travail lors de la dernière séquence de réformes ?

Certaines sont libérales. Mais il ne faut pas s'y tromper, le libéralisme a ici de multiples déclinaisons, suggérant des ordonnancements fragmentés du droit du travail. Chaque déclinaison promeut une sémantique, est adossée à des évaluations spécifiques, se déploie sur ses propres objets. Autrement dit, ces déclinaisons ne se confondent pas, leur commun libéralisme n'excluant pas les conflits d'interprétations. Trois interprétations ont pris une portée que nous qualifions de matricielle car elles fournissent une grille d'interprétations pour la compréhension des réformes.

La première interprétation concerne la reconnaissance des droits et libertés de la personne au travail, qui a renforcé la position de l'individu en droit du travail face au pouvoir de l'employeur. Cette évolution n'a pas été sans impact car l'individualisation des droits peut mettre en cause certaines régulations collectives caractéristiques du droit du travail et en particulier la négociation collective. De plus, l'inscription du droit du travail « sous » les droits fondamentaux, ou, dit autrement, sa fondamentalisation, a fait naître une dialectique nouvelle qui confronte les droits sociaux à des droits de facture libérale telles les libertés économiques.

La deuxième interprétation, développée dans un deuxième temps, prend appui sur la notion largement diffusée de flexisécurité. Elle confère un ordonnancement et des justifications à une série de réformes éparses qui reviennent sur la protection de l'emploi au nom de l'employabilité. Adossée à une certaine analyse économique, cette interprétation a trouvé dans la stratégie européenne pour l'emploi (SEE) une forme d'institutionnalisation, en regard notamment de l'accent porté sur l'augmentation des taux d'emploi, critère à l'aune duquel le droit du travail, ici pensé comme droit du marché du travail, est évalué.

La troisième interprétation est animée par la quête d'une adaptation du droit du travail à l'entreprise. Dans le contexte de la globalisation, elle reprend à son compte

la critique du droit du travail sur le coût du travail. Cette autre approche économique a trouvé récemment un soutien dans les procédures d'évaluation comparées menées par le semestre européen au nom des équilibres macro-économiques. Elle s'est traduite par une altération de la théorie des sources du droit du travail, imposant la préséance de l'entreprise comme espace de régulation du rapport de travail.

Ces trois interprétations, développées dans les trois premières parties, ont en commun d'être conçues à partir d'évaluations externes et d'impliquer un décentrement de la compréhension du droit du travail. Adossées à des critères d'évaluations externes – droits et libertés fondamentaux, taux d'emploi, coût du travail –, elles altèrent la sémantique et certaines des valeurs à partir desquelles s'est édifiée la discipline : le collectif, l'emploi, la place du contrat individuel, le rôle de la négociation collective ou le rapport du droit du travail à la concurrence, qui sont autant de partages qui ordonnent les débats au sein de la discipline travailliste. Ces trois interprétations du changement du droit du travail professent un profond remaniement de ce dernier. Face à cette mise à l'épreuve du droit du travail, plusieurs propositions travaillistes du droit du travail ont cherché une interprétation renouvelée de celui-ci et de sa cohérence. Les obstacles rencontrés par ces interprétations pourraient bien, au-delà de leurs dissensus, être l'indicateur d'une crise de l'herméneutique travailliste, d'une fragilisation des références communes dont le partage est nécessaire à la clôture disciplinaire. C'est ce que nous verrons dans notre dernière partie.

Le droit du travail à l'épreuve des droits de la personne

L'affirmation des droits fondamentaux de la personne au travail (LOKIEC, LYON-CAEN, 2005) marque une rupture importante dans la conception du rapport de travail et des modes d'encadrement de la subordination par le droit du travail. Cette évolution complexe mêle plusieurs aspects : d'un côté, la reconnaissance du travailleur en tant que personne, d'un autre côté, l'élévation de certains droits sociaux à l'autorité particulière qui est attachée aux droits fondamentaux. Paradoxalement, ce renforcement de la protection du travailleur, pris en tant que personne titulaire de droits fondamentaux opposables au pouvoir de l'employeur, se traduit par une individualisation des droits susceptibles de mettre à l'épreuve jusqu'aux régulations collectives (MEYRAT, 2005).

Affirmer que la prise en compte des droits de la personne au travail est le fruit d'une évolution assez récente peut surprendre. Dire que le droit du travail a – notamment – pour fonction la protection des travailleurs est un lieu commun. Le caractère inégalitaire de la relation de travail, plaçant le salarié sous la subordination d'un employeur, justifie la protection du salarié, partie faible. Toutefois, les voies d'un tel rééquilibrage n'impliquaient pas de faire référence à des normes en surplomb, tels les droits fondamentaux, ni même aux droits de l'homme ou aux libertés publiques. La protection du salarié était plutôt recherchée dans la législation étatique d'ordre

public et la reconnaissance de droits collectifs (liberté syndicale, droit à la négociation collective, droit de grève, etc.) (SUIPIOT, 1990 ; JEAMMAUD *et al.*, 1997). De sorte que la prise en compte, dans le cadre de la relation de travail, des droits de la personne tels la liberté d'expression, le droit à la vie privée ou à une vie familiale normale, ou encore celle du respect de la liberté religieuse n'avait rien d'évident. Le passage d'une protection des travailleurs à celle de la personne du travailleur est ainsi à l'origine d'une crise latente de l'idée de collectif en droit du travail.

Le passage d'une protection des travailleurs à celle de la personne du travailleur

Les libertés publiques sont longtemps restées aux portes de l'atelier, de l'usine ou de l'entreprise, au moins jusqu'au rapport AUROUX de 1981, qui témoigne d'une évolution en gestation. Sous l'intitulé *Les Droits des travailleurs*, le rapport AUROUX (1981, p. 82) se donne en effet pour objectif de faire des salariés « des citoyens à part entière dans l'entreprise »¹⁴. La convocation de la sémantique de la citoyenneté marquait bien la prise en compte des libertés publiques. Cette préoccupation n'en impliquait pas moins une adaptation au contexte de la subordination. Les droits « nécessaires à l'exercice d'une citoyenneté réelle dans l'entreprise » (AUROUX, 1981, p. 6) étaient pour l'essentiel des droits collectifs : « la reconstitution de la collectivité de travail », « le renforcement des instances de représentation des travailleurs », « le renouveau de la négociation collective » (AUROUX, 1981). Ce n'est qu'à la marge et de manière embryonnaire que le rapport AUROUX entendait promouvoir les droits de la personne, à l'époque encore désignés comme « libertés publiques ». Celles-ci devaient borner le pouvoir disciplinaire de l'employeur : alcootest, fouille au corps, ouverture du courrier, interdiction faite aux salariés de converser sur le lieu de travail sont alors autant d'agissements patronaux contrevenant aux libertés publiques. Ce bornage du pouvoir disciplinaire s'incarne dans l'institution d'une manifestation ancienne du pouvoir de l'employeur : le règlement intérieur. Le rapport AUROUX marque bien ici une avancée d'autant plus décisive qu'elle permet, en même temps qu'une incarnation juridique du pouvoir patronal dans le règlement intérieur, le contrôle de ce pouvoir. Toutefois, l'acclimatation de l'exercice des « libertés publiques » au contexte de la subordination est révélatrice de la manière dont était conçue la protection du salarié et de ses libertés au travail. En témoigne le traitement de la liberté d'expression dont le rapport AUROUX peine à reconnaître la titularité individuelle. S'il est affirmé que les travailleurs doivent pouvoir s'exprimer directement sur leurs conditions de travail, cette liberté prend la forme encadrée et institutionnelle d'un « droit d'expression directe

14. Les droits des travailleurs étaient conçus tout à la fois comme une extension, mais aussi une condition de la démocratie politique. Le rapport AUROUX (1981, p. 3) l'exprimait on ne peut mieux : « 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 ».

et collective » que délaisse aujourd'hui la pratique¹⁵. La Chambre sociale a d'ailleurs par la suite pris soin de nettement distinguer ce « droit d'expression » de l'exercice de la liberté d'expression reconnue aux salariés par un arrêt *Clavaud*¹⁶. Dans le rapport AUROUX, les droits et libertés des salariés ont ainsi été formulés comme une question politique, celle de la citoyenneté et de la démocratisation du pouvoir.

La référence aux libertés publiques a cependant ouvert la voie à une question d'une tout autre nature¹⁷, dont le rapport LYON-CAEN (LYON-CAEN G., 1992) marque une étape clé. Il pose en effet les bases d'une nouvelle conception des droits et libertés comme une question non plus politique, mais civile, visant, au travers du travailleur, non le citoyen mais la personne. Autrement dit, ce rapport opère le passage de la protection des droits des travailleurs à celle des droits de la personne au travail. La référence aux libertés publiques demeure, mais au-delà de cette filiation, le rapport reflète une préoccupation plus vaste : celle de protéger la « vie extraprofessionnelle » du salarié. Cette protection de la personne est alors structurée autour de deux techniques distinctes d'individualisation¹⁸.

La première technique prend pour point de départ une analyse contractuelle et invite à revenir sur les termes de l'échange salarial. À quoi et jusqu'où le salarié s'engage-t-il dans le rapport de travail ? Le contrat de travail borne le pouvoir patronal, qui ne peut s'exercer qu'à propos de la sphère professionnelle, à l'exclusion de la sphère extraprofessionnelle (LYON-CAEN G., 1992). En raison de l'imbrication de la vie personnelle et de la vie professionnelle, la frontière entre ces deux sphères est parfois brouillée (WAQUET, 2010 ; ADAM, 2013) et difficile à tracer. Toutefois, le principe est désormais bien posé : en dehors de la sphère professionnelle, le pouvoir de l'employeur n'a pas de fondement. Tout au plus, l'employeur peut-il rompre le contrat du salarié en raison du trouble objectif que causerait le comportement de celui-ci pour le fonctionnement de l'entreprise. Mais, en ce cas, toute appréciation subjective de ce comportement est exclue – l'employeur ne peut fonder ses décisions directement sur un fait tiré de la vie personnelle du salarié – puisque seule compte la situation objective de l'entreprise.

La deuxième technique d'individualisation cherche un appui en dehors du corpus des textes propres au droit du travail. Évoquant la « constitutionnalisation » du droit du

15. La disposition introduite par la loi Auroux du 4 août 1982 a récemment à nouveau retenu l'attention du législateur dans l'ordonnance n° 2017-1386 pour prévoir son exercice par « le recours aux outils numériques » (art. L. 2281-1 du Code du travail).

16. Soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804.

17. La mise en place d'un contrôle par le juge administratif du contenu du règlement intérieur devait d'ailleurs permettre à celui-ci de poser à propos du règlement intérieur une formule reprise ensuite de manière générale par le législateur concernant le respect des droits et libertés au travail : « Le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus par ces dispositions pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que des restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché » (CE, 1^{er} février 1980, réq. 06361).

18. Le terme d'individualisation est rendu complexe en droit du travail par sa polysémie (ADAM, 2005). L'individualisation vise aussi bien la fragmentation des horaires de travail que la reconnaissance de « droits » au salarié. Le sens dans lequel nous employons ici ce terme ne recouvre qu'un de ces aspects, celui de la protection de la personne au travail et de ses implications sur l'encadrement juridique du rapport de travail.

travail, Gérard LYON-CAEN (1992, p. 11) suggérait que, pour « la garantie des libertés publiques et privées », « il n'est pas interdit de rechercher ce qui dans le droit du travail n'est plus réellement conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». La reconnaissance des droits de la personne au travail a ici ouvert la voie à la prise en compte d'évaluations externes au droit du travail. Les textes constitutionnels ont ainsi pu être pris non seulement comme fondement, mais également comme norme permettant de juger tant de la validité des textes du droit du travail que du caractère licite ou non des comportements et des mesures patronales. La possibilité de mettre à l'épreuve le droit du travail et la normativité patronale s'est accentuée dès lors que les références constitutionnelles ont été complétées par le plus vaste corpus des droits fondamentaux. Cette réflexivité du droit du travail a pris appui sur des textes issus non seulement du droit constitutionnel, mais, également et plus largement, du droit international – telles les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) ou du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux ou culturels (Pidesc) – ou du droit européen (Convention européenne des droits de l'homme, Charte sociale européenne, Charte des droits fondamentaux de l'UE). C'est donc sur ces références externes que s'est adossée cette seconde logique d'individualisation, une technique prenant pour support non plus le contrat, mais les droits et libertés de la personne.

À la suite du rapport LYON-CAEN, est introduit l'article L. 120-2, devenu L. 1121-1 du Code du travail, qui pose ainsi une règle générale à l'exercice du pouvoir de l'employeur : « Nul ne peut apporter 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. » L'article a eu une importance symbolique et pédagogique forte, ouvrant la voie à un contentieux fondé sur l'invocation des droits fondamentaux. Son introduction a surtout résolu, avant même qu'elle ne devienne un obstacle, la question de la justiciabilité des droits fondamentaux : ceux-ci ne sont pas seulement opposables à l'État – vocation première des libertés publiques – mais également, au-delà, aux sujets de droit privé et donc à l'employeur. Devant le juge, le salarié peut bien invoquer des textes tant constitutionnels qu'internationaux et européens. La fonction de « norme-relais » de l'article L. 1121-1 du Code du travail a même été débordée, la Chambre sociale admettant largement la justiciabilité de ces textes, hors toute référence à cet article. À partir de ce texte et très au-delà désormais, le salarié peut ainsi opposer à l'employeur le respect de ses droits fondamentaux, les atteintes qui leur seraient portées devant être justifiées et strictement proportionnées.

La convocation de la figure de la personne au-devant de celle du salarié a considérablement renforcé la protection de ce dernier. Toutefois, l'individualisation de cette protection a mis à l'épreuve les garanties collectives sur lesquelles est assis le droit du travail¹⁹. Il en ressort une crise latente de l'idée de collectif en droit du travail.

19. Pour une réflexion critique, cf. notamment MEYRAT, 2005.

La crise latente de l'idée de collectif en droit du travail

Cette crise se manifeste de deux manières, l'une découlant de l'individualisation, l'autre inhérente au processus de fondamentalisation du droit du travail.

L'individualisation des droits a tout d'abord permis au salarié d'opposer son intérêt individuel à l'intérêt collectif, dont la négociation collective doit cristalliser la manifestation. Un glissement s'est ainsi opéré du contrôle du pouvoir patronal vers celui de l'autonomie collective. Ces confrontations entre intérêt individuel et intérêt collectif sont loin d'être anecdotiques. Elles remettent en question l'une des interprétations essentielles des caractéristiques du droit du travail, à savoir l'invention du collectif (SUPIOT, 2015a). Le déséquilibre entre les parties au niveau individuel, qui justifie le déploiement de la protection du droit du travail et de son ordre public, trouve un remède dans le collectif. La négociation collective est ainsi présentée comme rétablissant, au niveau collectif, une égalité absente au sein de la relation individuelle de travail (LOKIEC, 2015b). À cet égard, l'articulation entre individuel et collectif a de longue date été prise comme critère pour comparer les « modèles » nationaux de droit du travail (SUPIOT, 1990, 2019). La complexité de ces partages s'incarne dans le droit français au sein de la catégorie très spécifique des « droits individuels d'exercice collectif » (JEAMMAUD *et al.*, 1997, p. 26). Ainsi, les droits collectifs tel le droit à la négociation collective ou le droit de grève sont des prérogatives certes individuelles des salariés mais elles ont vocation à être exercées dans le collectif.

Remettant en cause ces partages entre individuel et collectif, la consécration des droits fondamentaux de la personne au travail est à l'origine de nouveaux conflits. La rencontre entre la négociation collective et le principe d'égalité de traitement en est une claire illustration. À partir d'un arrêt *Ponsolle*, la Chambre sociale a affirmé l'existence d'une règle « à travail égal, salaire égal » qu'elle a progressivement étendue en principe d'égalité de traitement en matière professionnelle, permettant à un salarié de réclamer à son employeur un traitement égal à celui de son ou ses collègues de travail placés dans des situations équivalentes. L'inégal bénéfice d'avantages accordés par la négociation collective en matière d'indemnités, de primes, voire de retraite complémentaire pouvait-il être remis en cause devant le juge au nom de ce principe d'égalité de traitement ? Les hésitations et les revirements successifs de la Chambre sociale suffisent à témoigner de la difficulté d'une telle question pour la régulation collective du travail. Dans un premier temps, la Chambre sociale a largement admis la possibilité pour le salarié de se prévaloir de ce principe contre la norme négociée, conduisant à une mise en cause des catégorisations sur lesquelles se fonde communément la négociation collective et, en particulier, la distinction entre les cadres et non-cadres ou l'appartenance à tel ou tel établissement de l'entreprise²⁰. Manifestement soucieuse des bouleversements qui résultaient d'une critique de plus en plus systématique de ces catégorisations conventionnelles, la Cour est progressivement revenue sur cette

20. Soc., 1^{er} juillet 2009, *Pain*, n° 07-42.675, *Bull. civ.* V, n° 168.

solution, en matière de prévoyance complémentaire²¹, puis de manière plus générale en posant une présomption de justification des différences de traitement opérées par la négociation collective²². La norme collective ayant justement pour vocation de rétablir une égalité absente du rapport contractuel, sa mise en cause judiciaire par un salarié au nom de l'égalité n'était-elle pas contradictoire avec le projet même de la négociation collective ? C'est ce que semblait considérer la Chambre sociale, allant contre une logique d'individualisation. On pouvait penser que cette primauté du collectif sur l'individuel aurait une certaine pérennité. Le souci de respecter les principes de non-discrimination du droit de l'UE a récemment conduit la Cour à rechercher encore une autre voie de conciliation entre des conceptions collectives et libérales de l'égalité, restreignant semble-t-il la portée de la présomption de justification à certaines distinctions opérées par la négociation collective, *a priori* celles qui semblent inhérentes à la régulation collective (catégorie professionnelle, appartenance à une entreprise ou un établissement, etc.), à l'exclusion d'autres catégorisations (date d'arrivée dans l'établissement, participation à un mouvement de grève, etc.). À dire vrai, la ligne jurisprudentielle ainsi tracée reste en grande partie à découvrir, tant le nouvel ordonnancement de l'individuel et du collectif se dérobe encore à l'analyse²³.

La fondamentalisation du droit du travail, corollaire de la reconnaissance des droits de la personne au travail, a eu une seconde influence. Elle a fait surgir une nouvelle dialectique, opposant des droits sociaux à des droits de facture libérale, qu'il s'agisse des droits de la personne (liberté religieuse, lutte contre les discriminations, notamment) ou de libertés économiques. Au sein de ces disputes juridiques, se joue ainsi un débat sur le sens de la protection des travailleurs, débat qui relevait communément du politique. En effet, l'invocation des droits fondamentaux devant les juges nationaux et *a fortiori* européens peut conduire à mettre à l'épreuve les justifications des réglementations du droit du travail. Se nouent ainsi des controverses sur les objectifs à poursuivre et les valeurs à protéger par le droit du travail.

Les premières manifestations de cette dialectique sont maintenant anciennes. La mise en cause de la réglementation relative à l'interdiction du travail de nuit des femmes au nom de la lutte contre les discriminations entre les femmes et les hommes en est une. Deux conceptions de la protection des travailleuses s'opposaient, incarnant le caractère déstabilisant, pour une certaine idée du droit du travail, du contentieux de la discrimination : d'un côté, l'interdiction inspirée par une idée différentialiste de l'égalité entre les femmes et les hommes, trouvait sa source, au-delà du droit français, dans la convention n° 89 de l'OIT, de l'autre, la lutte contre les discriminations,

21. Soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490, n° 11-23.761, n° 10-28.022.

22. La solution est justifiée par la légitimité renforcée dont bénéficierait la norme collective à la suite de la réforme de la représentativité syndicale en 2008. La Cour explique en effet que « les accords collectifs sont négociés par des organisations syndicales représentatives [...] investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote » ; Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, n° 13-14.773, n° 13-14.908, n° 13-25.437, n° 13-23.818, n° 13-23.850.

23. Soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970 ; BERTHIER, 2019.

d'inspiration plus libérale, est assise sur le droit communautaire. En l'occurrence, la préférence européenne pour la lutte contre les discriminations a conduit le législateur français à supprimer, à la suite d'une décision de la Cour de justice²⁴, l'interdiction du travail de nuit et à dénoncer la convention n° 89. Ce contentieux a été l'une des amorces de l'inflexion de la conception différentialiste de la protection des travailleuses qui avait longtemps prévalu dans le droit du travail français.

La récente controverse concernant le port de signes religieux au travail peut également être prise pour cas d'école de cette nouvelle dialectique. Elle montre bien la difficulté croissante à acclimater au droit du travail les exigences dont est porteuse la protection des droits de la personne, ici la liberté religieuse et l'interdiction des discriminations fondées sur la religion. Le droit du travail est ici en butte à un pluralisme tant des traductions (liberté religieuse, neutralité, interdiction des discriminations) que des forums (juges du fond, Cour de cassation, Cour de justice, Cour européenne des droits de l'homme, Comité des droits de l'homme des Nations unies) (MOULY, 2018 ; WOLMARK, 2018). Plus lourdement encore, les réglementations du travail sont désormais exposées à la critique des libertés économiques, que ce soit devant le juge constitutionnel²⁵ ou la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (SUPIOT, 2016). Il suffit d'évoquer ici hors du droit français la dispute née des arrêts Laval et Viking entre la CJUE et le CEDS (Comité européen des droits sociaux) qui n'a pas manqué de trouver écho tant auprès du comité sur la liberté syndicale de l'OIT que de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (CHATZILAOU, 2016).

Ces disputes ont en commun de mettre à l'épreuve du pluralisme les partages qui avaient paru inhérents au droit du travail. Ouvrant à la critique tant des objectifs que des catégorisations des réglementations du droit du travail, elles sont significatives du déplacement de la discussion sur les raisons du droit du travail hors des seules arènes nationales. La fondamentalisation du droit du travail implique ainsi une interprétation qui, bien que juridique, est essentiellement externe et, en cela, met en cause l'ordonnement sur lequel étaient conçues les propositions d'interprétation. Ce conflit entre interprétations se révèle avec probablement encore plus de force lorsque celles-ci trouvent leur assise et leur cohérence sur des évaluations externes, comme évoquées dans les deux prochaines parties.

Le droit du travail à l'épreuve de la flexisécurité

La référence à la flexisécurité fait désormais figure de lieu commun des discours sur le droit du travail et ses réformes. Cette deuxième interprétation a servi de matrice pour la critique et la décomposition du « droit de l'emploi », qui s'était

24. CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89 ; MOREAU, 1992 ; SUPLOT, 1992.

25. Cons. const., décision n° 2006-535 DC ; Cons. const., décision n° 2011-122 QPC ; voir aussi, plus largement, BAUDUIN (2017).

progressivement affirmé par une série de réformes législatives et d'évolutions jurisprudentielles (LYON-CAEN A., 1992 ; LYON-CAEN G., 1995b ; GAUDU, 1996), en réponse aux restructurations des entreprises et à la montée du chômage à partir du milieu des années 1970. S'affranchissant d'une logique contractuelle, le régime juridique de l'emploi est le fruit d'une série de compromis. Ces compromis s'incarnent dans une convention de risque entre le salarié et l'employeur – impliquant pour le premier le renoncement aux profits liés à son travail en échange d'une protection contre les aléas économiques. Ce compromis est lui-même assis sur l'idée d'un partage de la couverture des risques économiques entre l'entreprise et la solidarité nationale – 'assurance chômage prenant en charge une partie du préjudice social causé par la destruction des emplois par l'entreprise (PASQUIER, 2010). Ces compromis s'incarnent dans un éventail complexe de dispositifs juridiques concourant à façonner une idée juridique de l'emploi : qualification professionnelle, plan social puis plan de sauvegarde de l'emploi, contrôle des justifications du licenciement, obligations d'adaptation et de reclassement, entre autres. Sans qu'il s'y réduise, le droit de l'emploi a en grande partie pris spécifiquement appui sur le régime complexe du droit du licenciement pour motif économique.

Pensé ainsi, le droit de l'emploi a été l'objet d'un feu nourri de critiques qui ont un temps paru s'incarner dans un slogan appelant à protéger non l'emploi, mais l'employabilité. La force de cette proposition tient probablement à sa position, au carrefour de plusieurs thèses. Cette proposition prend en premier lieu appui sur une critique de la catégorie « travail ». Sans systématiquement aller jusqu'à prophétiser la fin du travail, plusieurs écrits marquants ont suggéré de redéfinir la séparation des activités sociales pour repenser tout à la fois leurs valorisations et les transitions de l'une à l'autre de ces activités. L'emploi subordonné ne devrait plus être le seul type de « travail » pris en compte par le droit social²⁶. La proposition était ainsi faite de protéger d'autres types de travail (indépendant, domestique, bénévole, formation professionnelle, etc.), ces nouvelles garanties impliquant la mise en place de « droits de tirage sociaux » (SUPIOT, 1999 et, pour une réflexion sur l'instrumentalisation de cette proposition, SUPLOT, 1995c).

D'un tout autre ordre est la proposition d'acclimater à la situation française le modèle de la flexisécurité (CANUT, 2014 ; AUZERO, 2008), inspiré notamment de l'expérience danoise. Érigée en « bonne pratique », la recommandation trouvait un renfort dans le *benchmark* institutionnalisé au sein de l'Union européenne par la SEE. En focalisant en grande partie les évaluations des politiques de l'emploi sur le taux d'emploi, la SEE promeut certaines législations et réformes plutôt que d'autres (SALAI, 2004). La flexisécurité a offert une matrice pour la description et la justification des réformes successives du droit de l'emploi. Elle a favorisé l'échange des protections de l'emploi au sein de l'entreprise contre celle de l'employabilité sur le marché du travail. Pour

26. À titre d'exemple, parmi une littérature riche et sans que les orientations des auteurs ne soient convergentes, cf. SUPLOT (1999) et BOISSONNAT (1995).

ce faire, la qualité de l'emploi est sacrifiée au nom du taux d'emploi (LYON-CAEN A., SACHS, 2013) ; ce changement a trouvé un renfort dans la thèse selon laquelle existerait un conflit entre *insiders* (salariés protégés) et *outsiders* (chômeurs) (ICHINO, 2008), conflit qui justifierait l'abaissement des protections des premiers. Signe du caractère externe d'une telle critique, l'invitation est alors paradoxale du point de vue du droit du travail, puisqu'il est suggéré de précariser l'emploi pour lutter contre la précarité.

La proposition d'un tel changement des protections – un échange de flexibilité contre de nouvelles formes de protection – a justifié nombre d'atteintes portées au droit de l'emploi par les récentes réformes. Que ce soit pour prescrire ou pour en décrire la nouvelle cohérence, voire en critiquer les insuffisances, ce « modèle » est ainsi couramment convoqué par ceux qui lisent l'évolution du droit du travail comme l'avènement d'un droit du marché du travail (SACHS, 2013b, pour une perspective critique). Le législateur invite d'ailleurs à placer son œuvre sous une telle interprétation, par l'intitulé qu'il choisit pour ces réformes²⁷ ou par leur présentation. Il en va ainsi de la dernière réforme du droit du travail, présentée en « Actes », le premier consacré à la flexibilité, le second étant censé être consacré à la protection²⁸. Force est de constater toutefois qu'à l'heure actuelle, le volet sécurisation paraît bien embryonnaire en comparaison du volet flexibilisation.

Le volet flexibilisation est en effet le plus étoffé. Le droit de l'emploi a ici subi une succession de réformes, ayant une orientation commune : la déjudiciarisation de la rupture du contrat de travail. Selon une vulgate économiste, l'intervention du juge, et en particulier du juge prud'homal, a été critiquée comme source d'insécurité juridique pour l'employeur (BLANCHARD, TIROLE, 2003 ; CAHUC, KRAMARZ, 2004 ; et pour une critique : KIRAT, 2019). À défaut de pouvoir écarter le contrôle de la justification du licenciement, garanti par les engagements internationaux de la France²⁹, et eu égard à l'échec du projet (BARTHÉLÉMY, CETTE, 2015, 2016), un temps défendu, de contrat unique de travail (BARTHÉLÉMY, CETTE, 2016), ce sont d'autres voies qui ont été empruntées par les réformateurs. La baisse que connaît le contentieux prud'homal, si elle ne témoigne nullement d'une moindre conflictualité des ruptures (SERVERIN, 2019), atteste de l'importance des atteintes portées aux régimes de la rupture du contrat de travail. À grands traits, il est possible d'identifier trois aménagements fragilisant cette épine dorsale du droit du travail.

27. Notamment la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

28. Cette rhétorique n'est pas nouvelle et était par exemple déjà présente en 2013 dans la loi relative à la sécurisation de l'emploi.

29. L'échec des contrats de travail « nouvelle embauche » (CNE) et, par voie de conséquence, des contrats de travail « première embauche » (CPE) a sur ce point circonscrit le champ des réformes admissibles au regard des engagements internationaux de la France et en particulier de la Convention n° 158 de l'OIT qui reconnaît à tout travailleur le droit de ne pas être licencié sans motif valable. Ces deux contrats créés en 2005 par ordonnance avaient pour objectif de faire remonter les faibles taux d'emploi des jeunes et des travailleurs âgés. Ces contrats prévoyaient une période de « consolidation » de deux ans qui écartait tout contrôle judiciaire de la justification du licenciement, ce que la Cour devait juger contraire à la Convention n° 158 (Soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124), conduisant finalement à l'abrogation de ces contrats en 2008.

Le premier a consisté à faciliter l'évitement de la rupture unilatérale par la rupture conventionnelle, entrée en vigueur en 2008. Ouvrant, pour le salarié, droit à l'indemnité légale de licenciement et à l'assurance chômage, la mise en œuvre d'une telle rupture d'un commun accord est sécurisée par l'établissement d'un formulaire Cerfa et d'une procédure d'homologation administrative. Face à la rupture, employeur et salarié sont en quelque sorte mis à égalité par le dispositif juridique. Ils bénéficient par exemple d'un même droit de rétractation. L'introduction des ruptures conventionnelles collectives en 2018, qui s'apparentent en réalité à des accords de départs volontaires, prolonge cette stratégie de standardisation de la rupture consentie. Le deuxième aménagement a consisté à restreindre le contrôle du juge en matière de rupture du contrat de travail par l'employeur. Les réformes ont ici pris des modalités diverses : inscription dans le Code du travail du régime de la période d'essai ; modification de la définition du licenciement pour motif économique³⁰, etc. Le législateur n'a eu de cesse de limiter le pouvoir d'appréciation du juge. D'autres modifications fragilisent la possibilité même d'un contrôle effectif de la cause réelle et sérieuse, telle la possibilité pour l'employeur de préciser *a posteriori* les motifs énoncés dans la lettre de licenciement³¹. Une troisième voie d'aménagement a consisté à tenter de déterminer à l'avance le coût de la rupture illégale. Certains rapports avaient suggéré, pour éviter « l'aléa du procès », de taxer les licenciements (BLANCHARD, TIROLE, 2003). La détermination d'un barème d'indemnisation en fonction d'une fourchette³² n'est en définitive pas très éloignée. Le législateur ouvre en droit français la porte à la rationalité calculatoire de l'« *efficient breach of contract* » que promeuvent certaines propositions de l'analyse économique du droit (BARGAIN, SACHS, 2016 ; KIRAT, 2019). Par petites touches, les réformes ont ainsi organisé l'évitement du procès et de son aléa, sans guère d'égard par ailleurs pour le droit des salariés à l'accès au juge qui apparaît désormais considérablement fragilisé (SERVERIN, VIGNEAU, 2019 ; SERVERIN, 2019).

Cette recherche de flexibilité des formes de mise au travail s'est parallèlement traduite par un amendement des modalités de recours au travail précaire. Alors que le principe de l'emploi à durée indéterminée n'a été formellement inscrit au Code du travail que par la loi du 25 juin 2008³³, la distinction des contrats à durée déterminée (CDD) et à durée indéterminée (CDI) s'effrite. La création, d'abord à titre expérimental en 2008 et de façon pérenne en 2014, d'un contrat de mission, permettant le recrutement d'ingénieurs ou de cadres pour « la réalisation d'un objet défini », rompt déjà avec cette *summa divisio*. Pour une durée étendue de 18 à 36 mois, la durée de ce contrat

30. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur atteste de ses difficultés économiques notamment en mettant en avant une baisse de son chiffre d'affaires pendant une durée plus ou moins longue selon les effectifs de l'entreprise (un trimestre dans les entreprises de moins de 11 salariés, deux trimestres pour celles de 11 à 50 salariés, etc.) ; art. L. 1233-3 du Code du travail. L'ambition est bien évidemment là de restreindre son pouvoir d'appréciation des difficultés économiques, au risque de l'irréalisme économique.

31. Art. L. 1235-2 du Code du travail.

32. Art. L. 1235-3 du Code du travail.

33. « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail » (art. L. 1221-2 du Code du travail).

n'est plus conçue en fonction de la pérennité de l'emploi, mais de la nature de l'activité (LAFORE, 2018). Signe supplémentaire de cette hybridité, ce contrat peut, à l'instar d'un CDI, être rompu pour une cause réelle et sérieuse³⁴. L'employeur a désormais également à sa disposition le « contrat de chantier ou d'opération ». Conclues pour la durée d'un chantier ou d'une opération, ces contrats sont pourtant qualifiés de CDI, contenant une « clause de rupture prédéterminée » une fois le chantier ou l'opération réalisé (AUZERO *et al.*, 2018, en particulier p. 315, § 250).

Par contraste, le volet dit de sécurisation apparaît, en l'état, bien plus « prospectif », voire embryonnaire. Il comprend quelques dispositifs juridiques visant à accompagner les mobilités, rebaptisées pour l'occasion « parcours », « trajectoire », « transition » ou encore « portabilité ». La flexibilité peine à être compensée par ces nouveaux « droits ». Ainsi, en matière de formation professionnelle et de protection sociale, un régime des transitions professionnelles s'ébauche et ont été mis en place les linéaments d'un droit à l'employabilité.

Les réformes successives de la formation professionnelle ont, pour ce faire, affirmé promouvoir l'autonomie du salarié. À dire vrai, cette évolution précède de longtemps les idées de flexisécurité ou de sécurisation des parcours professionnels. Elle prend racine aux origines du droit de la formation professionnelle, puisqu'elle était déjà présente lors de la création du congé individuel de formation, puis du droit individuel à la formation (MAGGI-GERMAIN, 1999 ; MAGGI-GERMAIN, CAILLAUD, 2007). La création d'un « compte » individuel de formation marque cependant une étape importante à plus d'un titre. La patrimonialisation des droits à la formation professionnelle au sein d'un compte renforce l'autonomie du salarié dans l'exercice de ses droits à la formation professionnelle³⁵. Elle assure également la portabilité de ses droits, qui peuvent être utilisés au cours de la relation de travail mais également après l'emploi et hors de l'entreprise, pendant une période de chômage. Rebaptisé « compte personnel de formation » (CPF), ce dispositif instauré en 2015 remet en effet en cause la séparation qui prévalait en matière d'accès à la formation entre les périodes d'emploi et de chômage. La monétisation actuelle du compte, initialement libellé en heures de formation, poursuit ce même objectif d'autonomisation de la personne, salariée ou au chômage, sur le marché de la formation professionnelle. La mise en place d'un accompagnement de la mobilité professionnelle par le Conseil en évolution professionnelle témoigne d'une certaine attention à la mise en capacité des personnes à l'exercice de ces droits³⁶. Il n'est pas certain toutefois que cet accompagnement suffise à amoindrir les inégalités criantes dans l'accès effectif à la formation.

La construction d'un droit social des transitions se manifeste également dans la portabilité des droits de prévoyance. À partir de 2008, puis en 2013 de manière

34. L'article 1243-1 prévoit que ce contrat peut « être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion ».

35. Il ne faut pas surestimer cette évolution. Le recours à la formation requiert généralement une pluralité de financements, si bien qu'en fait d'autonomie, c'est moins de choix que de consentement à l'offre de formation qu'il s'agit.

36. Art. L. 6111-6 du Code du travail.

obligatoire, le législateur a organisé la portabilité de ces garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou encore les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité³⁷. La portabilité s'apparente ici moins à une patrimonialisation qu'à un maintien des droits pendant la période de transition professionnelle.

Les réformes de l'assurance chômage ont également suivi un canevas inspiré de l'idée d'une flexisécurité à la française, même si – en témoigne la réforme de l'assurance chômage en cours au moment de l'écriture de cet article – il y a parfois loin de l'action annoncée aux réalisations concrètes. Dès lors que la protection ne porte plus sur l'emploi, mais sur la carrière, la stricte distinction entre les statuts sous lesquels ces activités sont exercées n'a plus la même signification. C'est ainsi que l'on peut interpréter l'extension du régime de l'assurance chômage aux travailleurs indépendants³⁸. Pareillement, continuer de faire de la décision patronale de rompre le contrat de travail la condition d'ouverture des droits aux allocations chômage n'est pas cohérent avec le décentrement annoncé du droit du travail, de l'emploi vers la carrière et l'employabilité. Aussi faut-il voir un prolongement de l'idée d'une flexisécurité dans le fait que le caractère involontaire de la rupture n'est plus une condition systématiquement exigée pour ouvrir droit à prestation. Ainsi, la rupture conventionnelle ouvre droit pour le salarié à l'allocation chômage, alors que la rupture n'est pas involontaire, puisque le salarié y consent. La démission a même cessé d'exclure systématiquement du bénéfice de l'assurance chômage. Certaines démissions pouvaient d'ores et déjà être considérées comme légitimes, notamment en cas de changement de résidence, dans le cas de violences conjugales ou encore de comportements fautifs de l'employeur (non-paiement des salaires, harcèlement moral ou sexuel, etc.). Pour la plupart, ces situations tendaient à distinguer l'initiative du salarié dans la rupture de sa responsabilité. Certaines raisons permettaient ainsi de mettre en cause le caractère volontaire de la démission. L'ouverture de l'assurance chômage à tous les démissionnaires représenterait un changement plus profond de philosophie. Pour l'heure, le premier pas franchi reste modeste. Hors appréciation de la légitimité de la rupture décidée par le salarié, les droits à l'assurance chômage sont ouverts aux démissionnaires qui poursuivent un projet de reconversion professionnelle, reposant sur une formation, la création ou la reprise d'une entreprise³⁹. L'avancée est donc prudente, mais elle n'en présage pas moins d'une rupture possible avec la logique assurantielle des allocations chômage : les droits aux allocations ne dépendent plus ici du risque de perte d'emploi, mais du choix d'orientation professionnelle. La place croissante faite à la fiscalité dans le financement de l'assurance chômage est une autre expression possible de ce glissement hors de la logique assurantielle. L'inscription du demandeur d'emploi dans un projet, le projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE), servant tout à la fois de support à son

37. Art. L. 911-8 du Code du travail.

38. Art. L. 5424-24 et s. du Code du travail.

39. Art. L. 5422-1 du Code du travail.

engagement consenti et de critère pour le contrôle de sa recherche d'emploi⁴⁰, n'est qu'un des éléments de l'objectif d'activation des dépenses de l'assurance chômage. Mais la mue hors de la logique assurantielle reste très partielle, comme en témoigne la préoccupation moralisatrice d'assigner au demandeur d'emploi un devoir de travailler que manifeste encore le redéploiement actuel de l'artillerie des sanctions⁴¹. Surtout, le durcissement des conditions d'accès au régime d'assurance chômage et l'instauration d'une certaine dégressivité des droits contredisent plus encore la vocation de cette réforme à la sécurisation.

Le droit du travail à l'épreuve de l'adaptation à l'entreprise

Une troisième interprétation libérale paraît avoir été la matrice d'une longue liste de réformes. Le souci de l'adaptation du droit du travail à l'entreprise y prime largement sur celui d'adapter le travail à l'homme. Cette rhétorique est ancienne et se décline au fil des rapports publics et des réformes. Ce fut déjà l'une des justifications invoquées lors de la création de la négociation obligatoire dans le rapport AUROUX (1981, p. 29), qui prévoyait « la possibilité d'adapter certaines dispositions de conventions collectives de branches à la spécificité de l'entreprise ». Cette même préoccupation est présente aussi bien en 2004 dans le rapport DE VIRVILLE (2004), que dans le rapport COMBRESSELLE en 2015.

Adapter le droit du travail à l'entreprise, le mot d'ordre n'est donc pas nouveau. Toutefois, il est désormais porté par une interprétation qui se déploie de manière autonome. En période de chômage de masse, une telle proposition s'est longtemps appuyée de manière syncrétique tant sur la question de l'emploi que sur celle du coût du travail. L'adaptation du droit du travail ne promet-elle pas des réussites qui pourraient être constatées en termes de taux d'emploi (AFFICHARD *et al.*, 2009) ? Plusieurs éléments incitent toutefois à ne désormais plus confondre la rhétorique de l'adaptation avec l'interprétation précédemment évoquée de la flexisécurité et de la construction d'un droit du marché du travail, porté par l'indicateur du taux d'emploi. Ici, la question du travail n'est plus celle de l'emploi, mais des coûts. Les évaluations qui confortent l'objectif d'adaptation à l'entreprise sont en effet bien plus soucieuses de coût du travail et de compétitivité que d'emplois. D'ailleurs, plus que le taux d'emploi, c'est bien l'indicateur du coût du travail, rapportée à la productivité, qui est mis en avant pour justifier les atteintes portées au droit du travail. D'une interprétation à l'autre, ce n'est donc pas la même analyse économique, ni les mêmes critères d'évaluation qui prévalent. La hiérarchie implicite entre indicateurs au sein du « tableau de

40. La définition de l'offre raisonnable d'emploi qui conditionne la faculté de refus d'une proposition faite au demandeur d'emploi est en effet fonction de la recherche convenue dans le cadre du PPAE.

41. Décret n° 2018-1335 du 28 décembre 2018 relatif aux droits et aux obligations des demandeurs d'emploi et au transfert du suivi de la recherche d'emploi.

bord » du semestre européen est emblématique de ce glissement hors du schème de la flexisécurité (PORTA, 2019). La question du coût du travail y prime manifestement dans le volet emploi, au point que la Commission a rappelé que les indicateurs sociaux introduits dans un second temps au sein du « tableau de bord » devaient être seulement pris pour indice des équilibres macro-économiques et non comme objectif du semestre européen⁴².

La séquence politique du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) est révélatrice de ce glissement. Présenté en France comme cherchant à développer l'emploi, le dispositif a, au sein du semestre européen, été qualifié et valorisé exclusivement pour son impact sur le coût du travail. Sa récente pérennisation en une baisse de cotisations patronales accrédite d'ailleurs l'intégration de cette logique au contexte français. Les objets à réguler ne sont plus ceux de la flexisécurité (employabilité, trajectoires professionnelles, flux sur le marché du travail, etc.), mais le coût du travail au sein de l'entreprise et de l'économie nationale. Ce glissement se traduit dans le droit du travail par un changement du cadre visé par la réglementation. Ce n'est plus l'employabilité sur le marché du travail, mais les conditions de la mise au travail dans l'entreprise (cas de recours aux CDD et à l'intérim, temps de travail et paiement des heures supplémentaires, salaire minimum et négociation des rémunérations, etc.) qui sont prises pour objet.

Cette rhétorique de l'adaptation à l'entreprise connaît deux principales déclinaisons. En premier lieu, elle s'est incarnée dans une préoccupation législative, celle de la simplification du droit (SACHS, 2013a, p. 212 et suivantes). Critiquant sa rigidité et sa complexité, le discours de la simplification du droit porte en lui une vision réductrice du droit du travail, appréhendé comme se résorbant dans l'un de ses instruments, le Code. La « recodification » du Code du travail a, en 2008, poursuivi cet objectif de simplification du droit dans un sens très formel, ordonnant « à droit constant » ce qui n'était jusqu'alors pour l'essentiel qu'une compilation. Sous un plan refondu, les nouveaux codificateurs ont tenté de clarifier le Code du travail, notamment selon le principe « un article, une idée » ou en modifiant le lexique législatif⁴³. En définitive, cette œuvre formelle a davantage visé les professions juridiques que les simples usagers (TOURNAUX, 2016). Pensée par des juristes, elle n'a évidemment pas su faire taire les reproches de complexité soutenus par une rhétorique économique.

Ainsi, au-delà de l'écriture législative, c'est bien l'ordonnancement des sources du droit du travail qui est mis en cause. La rhétorique de l'adaptation à l'entreprise a ainsi pris « appui sur de multiples techniques : l'incitation plus que la contrainte »

42. *Adding Employment Indicators to the MIP Scoreboard of the Macroeconomic Imbalance Procedure to Better Capture Employment and Social Developments*, European Commission note, 4 September 2015 (Ref. Ares [2015]5426195).

43. Cette normalisation du vocabulaire du Code du travail n'était probablement pas dénuée d'arrière-pensée. Il en va ainsi par exemple de la suppression de l'expression, teintée d'une interprétation institutionnelle du pouvoir de l'employeur, de « chef d'entreprise » remplacée systématiquement par celle d'employeur, plus cohérente avec une interprétation contractuelle.

(LECLERC, SACHS, 2015), l'application différenciée des droits en fonction de seuils, etc., et la dérogation. Déjà en 1986, sous l'invitation provocatrice à « brûler le Code du travail » (COLLECTIF, 1986), avait été défendue l'idée d'une autre régulation du rapport du travail, faisant une place moindre à la loi pour ouvrir à la dérogation négociée. Cette réglementation, négociée dans l'entreprise, était censée être « souvent mieux adaptée aux réalités économiques et sociales » (TEYSSIÉ, 1986). Dérogation et négociation sont ainsi devenues un couple structurant au sein de l'instrumentation de la dérégulation. La dérogation permet de s'écarter de la règle générale posée en dehors de l'entreprise. Toutefois, elle brouille la hiérarchisation des sources du droit du travail modifiant progressivement l'articulation entre le droit négocié et le droit étatique, en même temps que la fonction de la négociation collective au sein du système de relations professionnelles. L'inscription croissante de ces techniques dans le Code du travail s'est accompagnée d'une quête de légitimation. La rhétorique de l'adaptation à l'entreprise a ainsi repris à son compte les attentes de démocratisation dont était crédité le développement de la négociation collective. La réforme de la représentativité en 2008 – sans pouvoir s'y réduire –, en concevant la représentativité de manière descendante et en faisant place au critère de l'audience, peut rétrospectivement être comprise comme une condition nécessaire à la légitimation de ce réordonnement des sources du droit du travail. Cette rhétorique est manifeste, que ce soit dans la loi du 8 août 2016⁴⁴ donnant pour perspective « une refondation du Code du travail » reposant sur une nouvelle architecture, qu'au sein de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective⁴⁵. Deux évolutions ont ainsi trouvé un aboutissement : la dérogation à la loi et la décentralisation de la négociation vers l'entreprise.

Concernant la dérogation à la loi, la théorie des sources du droit du travail (CANUT, GÉA, 2016, 2017) a longtemps été structurée par une certaine conception de l'impérativité du droit étatique (SUPIOT, 2019). La fonction de la négociation collective était dictée par une distinction entre ordre public absolu et ordre public social⁴⁶. Seules quelques règles du droit étatiques étaient insusceptibles d'aménagement par la négociation collective, quand la majeure partie était considérée comme des garanties minimales que les négociateurs ne pouvaient ni supprimer, ni réduire, mais améliorer. Symbole d'un droit du travail protecteur des salariés, cette règle d'articulation exprime un principe de portée plus vaste, celui de la faveur (JEAMMAUD, 2018). La décomposition de ce « principe fondamental du droit du travail⁴⁷ » s'est faite réforme après réforme. N'ayant pas, selon le Conseil constitutionnel, de valeur constitutionnelle⁴⁸,

44. Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

45. Ordonnance n° 2017-1385.

46. CE, avis, 22 mars 1973, *Le Droit ouvrier*, 1973, p. 190.

47. Cons. const., 25 juillet 1989, *Droit social*, 1989, p. 627.

48. Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, à propos de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997, *JO* 26 mars, relative aux fonds de pension ; Cons. const., 13 janvier 2003, *JO* 18 janvier, à propos de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi.

il n'a pas formé un rempart contre les réformes législatives habilitant la négociation collective à déroger aux dispositions du Code du travail. Le temps de travail et les contrats précaires ont été parmi les premiers pans du droit du travail ainsi ouverts aux dérogations conventionnelles. La multiplication de ces dérogations a progressivement fait de cette technique légistique l'une des clés de l'articulation entre le droit étatique et le droit négocié. On aurait tort d'y lire un réel renforcement de l'autonomie collective, puisque, pour l'essentiel, il ne s'agit pas de laisser les partenaires sociaux régler un aspect du rapport de travail dans le silence du législateur, mais seulement de négocier à l'ombre de la loi. La négociation collective s'apparente de plus en plus à une condition ouvrant à la déréglementation. Poursuivant son œuvre, le législateur a entrepris, en 2016 à propos du temps de travail, puis plus largement en 2017, une réécriture du Code du travail fondée sur une « nouvelle architecture » (COMBREXELLE, 2015). Cette rédaction suit un triptyque distinguant les dispositions d'ordre public, les domaines ouverts à la négociation collective et le régime supplétif applicable à défaut d'accord collectif. D'abord expérimentée à propos du temps de travail, cette architecture n'a finalement pas été étendue à l'ensemble du Code du travail par les ordonnances Macron en 2017. Elle a toutefois déterminé la rédaction des réformes de la négociation obligatoire d'entreprise et de la représentation élue. L'ordre public y est alors ramené à la portion congrue, faisant perdre une grande part de sa fonction protectrice au Code du travail.

Concernant la décentralisation de la négociation collective, les réformes ont favorisé un niveau de négociation sur les autres, celui de l'entreprise. Au nom de l'adaptation, la promotion de la négociation collective vise ici à favoriser l'accord d'entreprise, au détriment de la convention de branche. Dès son apparition avec la loi de 1951, la négociation d'entreprise contenait en germe la mise en cause de la négociation de branche et de sa fonction d'harmonisation des conditions de concurrence en matière sociale, au sein d'un secteur d'activité. Mais l'essor effectif de la négociation d'entreprise est récent puisque contemporain de l'introduction d'une obligation de négocier par les lois Auroux. Il s'était alors accompagné de l'ouverture à la dérogation sur certaines questions. Les effets dévastateurs, pour la branche, de la négociation d'entreprise, étaient toutefois pour partie annihilés par la règle de faveur applicable aux concours entre normes conventionnelles. Par étapes, le législateur a renversé cette règle pour imposer la décentralisation de la négociation collective. D'abord cantonnée à certaines matières comme la durée du travail, la décentralisation de la négociation collective a été posée dans son principe par la loi en 2004, qui prévoyait déjà la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Toutefois, le législateur avait alors laissé à la branche le contrôle de la décentralisation, puisqu'elle pouvait écarter la primauté de la négociation d'entreprise au moyen de clauses de verrouillage, faculté que les ordonnances Macron de 2017 ont remise en cause. La branche n'a désormais valeur de socle que pour treize thèmes. La convention de branche y perd son titre de loi de la profession. En particulier, elle n'est plus le niveau de régulation du prix du travail, dès lors que seuls les salaires minimaux conventionnels, et non l'intégralité

de la rémunération⁴⁹, sont préservés du moins-disant de la négociation d'entreprise. Désormais, le Code du travail organise manifestement une mise en concurrence des entreprises sur le coût du travail au sein d'une même branche⁵⁰.

De cette réforme de 2017, les fonctions de la négociation collective d'entreprise sortent profondément transformées. La négociation collective était généralement présentée comme une limite au pouvoir de l'employeur ou un moyen de rétablir, au niveau collectif, une égalité dans la négociation des conditions de travail absente au niveau individuel. La figure d'une négociation gestionnaire s'impose désormais par la promotion de la négociation collective comme mode de gouvernement des entreprises (PESKINE, 2014). Le déploiement d'une logique de « donnant-donnant » en est l'un des avatars les plus symptomatiques. D'abord conçu comme « accord de maintien de l'emploi » et aujourd'hui largement ouvert à la négociation visant à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi⁵¹ », cette négociation vise à aménager le temps de travail, la rémunération ou les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique au sein d'une même entreprise. Un temps conditionnée au constat de graves difficultés conjoncturelles rencontrées par l'entreprise, cette négociation est maintenant bien plus large, en témoigne la référence pour le moins vague aux « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ». Aujourd'hui, elle s'apparente de plus en plus à un outil d'exercice du pouvoir dans l'entreprise, parée de la légitimité nouvelle que lui confère la négociation.

La vocation gestionnaire de la négociation collective bouleverse l'ordonnement des sources du droit du travail (CANUT, GÉA, 2016, 2017), avec pour conséquences des conflits entre intérêt collectif et intérêt individuel. Jusqu'à présent, la négociation collective paraissait soumise à la même limite que le pouvoir unilatéral de l'employeur, celle du contrat individuel, dont un accord collectif ne pouvait en principe que compléter et améliorer les droits et avantages. Le contrat de travail était ainsi, pour le salarié, un instrument de résistance aux altérations de ses conditions d'emploi, que celles-ci soient décidées unilatéralement ou négociées (BORENFREUND, 1990). Cet équilibre tend à être remis en cause par le déploiement de la négociation gestionnaire. Inversant la logique contractuelle, le législateur a prévu que les stipulations conventionnelles des accords collectifs conçus sur cette logique « donnant-donnant » « se substituent de plein droit

49. Encore faudra-t-il déterminer si la définition de la notion même de salaire minimal demeure – comme auparavant – de la compétence des négociateurs ou si elle a été étatisée par la réforme. Cette question, dont dépend en grande partie la survie de la fonction régulatrice de la branche en matière de concurrence, est devenue pressante en raison du choix fait au sein de certaines branches, comme celle des transports, d'intégrer l'ensemble des primes conventionnelles à la détermination du taux de salaire minimal.

50. La tentative de certaines branches, à la suite de celle des transports routiers, de poser une définition extensive de la notion de salaire minimum, intégrant aux minima conventionnels diverses primes, paraît se heurter à la doctrine de l'administration qui fait prévaloir une lecture stricte de la loi ; cf. notamment l'arrêté du 29 mai 2019 portant extension d'un avenant à la convention collective nationale de l'horlogerie (n° 1044).

51. Art. L. 2254-2 du Code du travail.

aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail⁵² ». Le refus par le salarié de cette modification a alors une conséquence funeste puisqu'il justifie à lui seul son licenciement par l'employeur.

Pareille évolution dénote une confusion profonde entre légitimité et autorité des accords (BORENFREUND, 2016 ; BORENFREUND, FAVENNEC-HÉRY, 2016). Depuis la réforme de la représentativité par la loi du 20 août 2008, la prise en compte de l'audience a pour intention de consolider la légitimité de l'acteur syndical. La décentralisation de la négociation collective a pris appui sur cet objectif, conditionnant la validité des conventions collectives à des niveaux d'audience cumulées des signataires. Progressivement, s'est imposée l'exigence d'une signature majoritaire, finalement généralisée par la réforme de 2017. À une légitimité descendante qu'incarne la représentation par le syndicat de l'intérêt collectif, s'adjoint une légitimité ascendante, tenant aux suffrages de la collectivité de travail, qu'exprime le taux d'audience. La prévalence de l'accord d'entreprise sur la branche traduit en définitive, dans l'articulation des textes, ce renouvellement des sources de la légitimité syndicale. Cette conception ascendante de la légitimité justifie pareillement, selon la Chambre sociale, une autorité accrue de la norme conventionnelle. C'est par exemple en son nom que fut justifiée la neutralisation partielle du principe d'égalité de traitement entre salariés (cf. *supra*). Prolongeant, jusque dans ses implications les plus extrêmes, la confusion entre autorité et légitimité, la Cour avait considéré que les différences de traitement opérées par voie de convention collective pouvaient être présumées justifiées parce qu'elles étaient « négociées et signées par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote⁵³ ».

Ce besoin d'un droit négocié mis au service de préoccupations gestionnaires se traduit également par une quête de l'accord collectif, quels qu'en soient le prix et, parfois même, la légitimité. La mesure de la majorité, appréciée en fonction des seuls suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives au premier tour des élections, y compris en l'absence d'atteinte du *quorum*, est une première manifestation de cette quête. Elle se dévoile aussi par la possibilité de contourner l'exigence majoritaire par la validation d'une signature minoritaire au moyen d'un référendum, pudiquement intitulé « consultation » (LOKIEC, 2019). Les possibilités ouvertes de négocier hors présence d'un délégué syndical et l'assimilation surprenante, dans les petites entreprises, d'une décision unilatérale de l'employeur validée par référendum à un accord négocié⁵⁴, témoignent encore de ce vœu attentionné de ne pas priver l'employeur de la faculté d'être couvert par un accord collectif. Il est vrai qu'eu égard aux dérogations qu'elle lui ouvre dans l'entreprise, la négociation collective

52. Art. L. 2254-2, III du Code du travail.

53. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-14.773, n° 13-14.908, n° 13-22.179, n° 13-25.437. Une telle justification peine à limiter la portée d'une telle présomption dont la compatibilité avec le droit de l'Union paraît discutable. La solution paraît désormais en partie remise en cause, Soc., 3 avril 2019, n° 17-11.970 (cf. *supra*).

54. Art. L. 2232-21 du Code du travail.

est en passe de devenir un droit non plus seulement pour les salariés, mais également pour l'employeur. L'émergence d'une obligation de loyauté dans la négociation opposable tant à l'employeur qu'à la délégation des salariés pourrait bien en être le signe avant-coureur (PASQUIER, 2018). Entre instrumentalisation et cogestion, la négociation collective est à la croisée des chemins.

La rhétorique de l'adaptation du droit du travail à l'entreprise signe le retour d'une conception institutionnelle de l'entreprise, inhérente à l'évolution gestionnaire de la négociation collective. Alors que la flexisécurité implique de penser les protections du droit du travail en dehors de son périmètre, et que le salarié, contraint de se soucier de son employabilité, est amené à se détacher de l'emploi et donc de son lien à l'entreprise pour construire son parcours professionnel sur le marché du travail, la politique d'adaptation du droit du travail requiert au contraire de faire de l'entreprise l'espace de régulation du rapport de travail. Instrumentalisant une solidarité au sein du collectif de travail, elle n'est que difficilement compatible avec les formes d'individualisation impliquées tant par la fondamentalisation du droit du travail que par la valorisation de la flexisécurité. Les conflits évoqués entre contrat individuel de travail et convention collective d'entreprise seront les témoins de ces nouvelles contradictions.

Vers un retour des interprétations travaillistes ?

On l'aura compris, ce pluralisme des interprétations des changements du droit du travail ne fait pas « modèle », ni même « paradigme ». Il est même plutôt à l'origine de nouveaux conflits et de nouvelles contradictions au sein de ce droit. Reposant sur des évaluations externes, ces interprétations remettent profondément en cause les partages et les consensus sur lesquels semblait être bâti et pouvoir être décrit ce droit, cet ensemble de réglementations spécifiques à la société salariale (DIRRINGER *et al.*, 2015 ; LOKIEC, 2015a). En conséquence, certains auteurs ont formulé des propositions tendant à réinterpréter le droit du travail au départ de sa propre cohérence, revenant à une compréhension interne. Plusieurs propositions ont ainsi en commun de s'inscrire dans une démarche doctrinale analogue, que l'on peut, en raison de leur réflexivité et de leur souci de la clôture disciplinaire, qualifier de travailliste, même si elles sont parfois opposées dans leur contenu. L'une suggère une description du droit du travail au moyen de « principes essentiels », une autre d'une codification et la troisième d'un « retour » aux droits sociaux internationaux et européens.

Des principes « essentiels »

Les débats sur la loi Travail en 2016, puis sur les ordonnances Macron l'année suivante, ont été marqués par la forte présence de la doctrine travailliste. Cette place prise par les « juristes » en droit du travail a trouvé une première expression dans la dispute sur les principes qui structurent le droit du travail. Elle doit son origine

à un ouvrage controversé, *Le Travail et la Loi*, paru à l'été 2015 sous la plume de Robert BADINTER et d'Antoine LYON-CAEN. Les auteurs proposaient de ramener à 50 « principes » l'ensemble de la législation du contrat de travail, laissant toutefois de côté le collectif. Placée sous le signe de la simplification du droit, la proposition n'a pas manqué de profondément diviser la doctrine travailliste.

À la suite de la publication de cet ouvrage, le Premier ministre confia à Robert Badinter la mise en place d'un comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail. Le « comité Badinter » a finalement dégagé 61 principes dits « essentiels » du droit du travail (COMITÉ CHARGÉ DE DÉFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL, 2016). La méthode professée par le comité est particulièrement significative de cette préoccupation de renouer avec une interprétation travailliste du devenir du droit du travail : « nous avons cherché, en examinant l'état actuel des textes, constitutionnels, internationaux ou législatifs, ainsi que la jurisprudence, ce qui nous paraissait être ou être devenu, un principe incontestable du droit du travail, apte à résister à l'épreuve du temps et de l'évolution des textes et de la jurisprudence » (DUMORTIER, PÉCAUT-RIVOLIER, 2016, p. 3). Autrement dit, il serait moins question de poser des principes que de les identifier, les reconnaître. La méthodologie revendiquée par les rapporteurs du comité est emblématique d'une forme de cognitivisme juridique. Décrivant leurs propositions, R. BADINTER et A. LYON-CAEN (2015, p. 21) exposaient déjà qu'« il s'agi[ssait] d'extraire du droit actuel ses lignes directrices ou mieux ses principes ». Ainsi était d'ailleurs expliqué le choix de l'adjectif « essentiel » pour qualifier les principes, par préférence aux termes plus couramment employés de « fondamental » ou de « général ». Cet adjectif entendait signifier le respect d'une clôture sur le savoir juridique, hors toute velléité politique, intention d'ailleurs présente dans le travail du comité.

Le comité Badinter n'eut en effet recours à aucune audition d'acteurs sociaux ou membres de la société civile, au nom du caractère technique et non pas politique de la mission : « nous devons réaliser un travail de juristes pour dégager les grands principes » (DUMORTIER, PÉCAUT-RIVOLIER, 2016, p. 3). Dans l'esprit des membres du comité, le choix de travailler à droit constant justifiait le caractère assez convenu et peu progressiste, sinon décevant, des énoncés ainsi dégagés. Ce faisant, le comité se plaçait en quelque sorte au-delà du jugement moral ou politique, aveu de croyance en une possible connaissance objective de la grammaire du droit du travail : « s'agissant des principes constituant les fondements du droit du travail, des juristes d'expérience peuvent s'accorder sans renier leurs convictions personnelles » (COMITÉ CHARGÉ DE DÉFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL, 2016, p. 5).

Ce geste typiquement doctrinal explique en partie pourquoi cette proposition a échoué à faire droit positif. Les 61 énoncés finalement retenus avaient un caractère hétéroclite, certains ayant une valeur supralégislative quand d'autres ne faisaient que reformuler de manière synthétique des dispositions du Code du travail, voire se limitaient à y faire renvoi. Dans l'esprit des membres du comité, les principes devaient faciliter l'interprétation du Code : « réunis ensemble sous forme de préambule, ils

constitueront un système de références pour ceux qui auront pour mission d'interpréter les règles et de les appliquer » (COMITÉ CHARGÉ DE DÉFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL, 2016, p. 6). Ramené à une telle fonction interprétative, le projet ne pouvait que décevoir ceux qui, face aux réformes du droit du travail, étaient en quête d'un rempart, d'une protection contre la régression des protections des salariés (LOKIEC, 2016). Le projet devait même échouer à s'imposer comme description consensuelle du droit du travail. Anticipant l'avis du Conseil d'État en défaveur de l'inscription des 61 énoncés au sein d'un préambule au Code du travail, le gouvernement renonça à cet aspect de la réforme, qui ne devait pas renaître de ses cendres avec les ordonnances de 2017. Pour le Conseil d'État, la simplification risquait bien d'ajouter aux difficultés d'interprétation (IZARD, 2016).

Un « autre » code

En contrepoint tant des réformes que des « principes essentiels », une seconde proposition d'écriture du droit du travail est portée par le Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-Pact) (DOCKÈS, 2017). Là encore, le projet est de proposer une recombinaison des règles, à partir d'un savoir exclusivement doctrinal. Ce groupe, formé en réaction aux réformes du Code du travail, était constitué « d'une vingtaine d'universitaires, issus de treize universités, tous spécialisés en droit du travail » (GR-PACT, 2016, p. 422). La composition du groupe devait faire prévaloir une interprétation juridique du droit du travail. Ce geste doctrinal s'exprime d'abord par la nature des critiques justifiant l'écriture d'un « autre Code du travail ». Par exemple, la réécriture de la partie du Code du travail relative au temps de travail y est justifiée au motif qu'il s'agit d'« un des champs du droit du travail les plus complexes et les plus volumineux » (GR-PACT, 2016, p. 423). L'état actuel de la législation du travail est critiquable parce qu'elle « pèse environ 151 000 caractères, soit une centaine de pages » (GR-PACT, 2016, p. 423). L'argument de simplification est ainsi réinscrit dans la rhétorique juridique. Les recodifications successives, simples « compilations de textes antérieurs » (DOCKÈS, 2017, p. XI), sont désavouées, non pas au nom d'un argumentaire économique, mais des difficultés à laquelle se heurte la connaissance du droit : « le droit du travail en est à un stade tel que nul ne peut le connaître, alors que chacun est tenu de le respecter » (DOCKÈS, 2017, p. XII). Partant, la forme de la proposition – une codification – comme son contenu empruntent au savoir juridique et à la connaissance du droit du travail. Certes, ne sont revendiqués ni l'apport d'une « quelconque “vérité” », ni aucun « consensus » (DOCKÈS, 2017, p. XIII) et l'idée d'une réécriture à droit constant est repoussée au nom des « graves malfaçons du Code actuel » (GR-PACT, 2016, p. 423). Toutefois, contre les atteintes portées au droit du travail par les réformes successives, cet « autre Code du travail » doit, tout en adaptant le Code « aux réalités nouvelles », « consolider un édifice fragilisé » (DOCKÈS, 2017, p. XII). Ces améliorations passeraient par exemple par la suppression de l'« amoncellement d'exceptions et de voies de contournements qui fragilisent les protections des travailleurs ». L'entreprise vise ainsi en définitive à retrouver des principes sous

la trame des dérogations. Qu'il s'agisse de les conforter ou de les prolonger, l'orientation reste d'abord doctrinale : « le droit du travail actuel s'appuie sur certaines règles essentielles, directement issues des leçons de l'histoire » (GR-PACT, 2016, p. 423).

Les traits principaux de cette architecture « essentielle » témoignent du souci de renouer avec une interprétation travailliste du droit du travail. Contre les réformes promouvant la négociation collective, cet « autre Code du travail » entendait réaffirmer le rôle de la loi, et ainsi voir confortée une spécificité du droit du travail français : la place centrale du droit étatique et de l'ordre public (SUPIOT, 2019). Pareillement, la proposition invitait à rétablir le principe de faveur pour l'articulation des sources du droit du travail. Pour une part importante, l'« autre Code du travail » dessine ainsi non pas une réglementation à « droit constant », mais à modèle ou à fonctions constants. Le droit de l'emploi en sortirait renforcé. Le CDI deviendrait la forme impérative du travail subordonné. Pour abolir la précarité, la possibilité de conclure des CDD serait exclue, remplacée par des clauses de durée initiales (DÄUBLER, 2019). La protection de l'emploi contre les licenciements devrait être considérablement renforcée, l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement devant être sanctionnée non plus par des indemnités, mais par la nullité ouvrant droit à la réintégration du salarié. Ce même souci de préserver une cohérence aux institutions du droit du travail est sensible à propos de l'assurance chômage, en particulier dans la discussion relatée concernant l'extension du cercle des bénéficiaires des allocations. La préoccupation de redéployer le droit social en respectant sa logique originelle et sa cohérence présumée est manifeste. Confrontée à la question du maintien du « principe d'une allocation réservée aux personnes involontairement privées d'emploi » ou de la poursuite du « mouvement commencé d'ouverture de l'allocation aux ruptures conventionnelles et [d'ouverture d]es droits à allocation aux salariés démissionnaires », la proposition a envisagé de supprimer la condition de la perte involontaire de l'emploi. Elle ne la retient pas, estimant qu'une telle réforme « bouleverserait la logique de l'assurance chômage ». Aussi « l'autre Code du travail » est-il sur ces questions « construit à partir d'un maintien de la logique actuelle de l'assurance chômage, qui est de protéger les personnes involontairement privées d'emploi » (GR-PACT, 2016, p. 330). En définitive, les innovations que promeut « l'autre Code » ont en commun de chercher à rendre effectives des garanties existantes, telle la proposition de substituer à la notion de temps de repos celle de temps libre, ou celle d'ajouter au critère de la subordination celui de la dépendance pour qualifier le contrat de travail. Pour éviter le contournement du droit du travail, le travailleur juridiquement autonome, mais économiquement dépendant, serait ainsi assimilé au salarié.

Enfin, la proposition fait par ailleurs une place importante aux droits fondamentaux du travailleur, révélant avec une particulière acuité ce qu'implique ce retour sur le droit du travail. Visant explicitement à en garantir la justiciabilité, aujourd'hui encore parfois contestée, le projet énumère les grands textes nationaux, européens et internationaux susceptibles de protéger les droits sociaux, et reprend également une liste de droits dont tout travailleur est titulaire, insérée dans un code à valeur législative. Au sein de ces

droits, une stricte sélection s'imposerait. Seuls les droits fondamentaux du travailleur pourraient être reconnus, les libertés économiques de l'employeur étant exclues. La fondamentalisation du droit du travail et peut-être le droit du travail lui-même seraient ainsi purifiés de leur ambivalence.

Ces deux premières interprétations travaillistes n'ont pas trouvé de véritable débouché dans le droit positif. Elles ne sont pas moins révélatrices de nouveaux conflits d'interprétations au sein du droit du travail et du décentrement que connaît l'analyse juridique de ce droit. Une troisième proposition prend appui sur le droit international et européen et trouve une expression grandissante dans le contentieux.

Le « retour » au droit international et européen

Le « retour » au droit international et européen est une évolution du droit du travail français qu'il n'est pas facile d'interpréter. Longtemps, le droit social français a pu paraître hors d'atteinte des influences supranationales. Les effets du droit européen se manifestaient essentiellement de manière négative, par la mise en cause du droit du travail au nom des libertés de circulation ou de l'interdiction des discriminations⁵⁵. La référence au droit supranational a toutefois, ces derniers temps, changé de signification. Certaines normes internationales ou européennes sont désormais investies d'une fonction défensive. Ce « retour » au droit supranational se manifeste de diverses manières.

La promotion du caractère fondamental des droits sociaux pour faire contrepoin aux normes libérales (liberté d'entreprendre, libertés économiques, de circulation, etc.) invoquées pour mettre en cause le droit du travail est l'une des expressions de cette position défensive (PORTA, WOLMARK, 2018). La reconnaissance des droits sociaux d'abord par la CJUE, puis au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'UE a constitué une avancée décisive. Surtout, cette promotion a conforté les arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux au même titre que celle des autres droits fondamentaux (ROMAN, 2012). Elle constitue à la fois un prolongement et une réponse à la fondamentalisation du droit du travail déjà évoquée.

La référence au « travail décent » (BONNECHÈRE, 2007, 2008) ou au « travail réellement humain » (MUSSO, SUPLOT, 2018) est une autre expression de ce retour au droit international et européen. Invitant à dépasser le droit de l'emploi, elle appelle une interprétation du droit du travail et de ses fonctions à partir des exigences de dignité. Cette proposition a plusieurs sources en définitive assez différentes. L'une de ces sources se trouve dans un renouvellement de la politique de l'OIT (SERVAIS, 2011) qui, au tournant des années 2000, a reformulé sa politique de promotion des standards internationaux de droit du travail (pour une analyse critique de ce tournant au sein de la

55. Cf. *supra*. Une telle présentation mérite toutefois d'être d'emblée nuancée. L'acquis communautaire a bien eu un impact sur la protection des travailleurs en matière de rapprochement des droits nationaux. L'harmonisation communautaire a en effet eu une influence importante sur le droit français notamment en matière de temps de travail, de santé au travail ou encore de représentation transnationale.

politique de l'OIT, cf. AUVERGNON, 2014). Après la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail en 1998 identifiant un socle minimal de conventions, l'organisation a entrepris la promotion d'un éventail plus large de textes, incluant notamment la santé au travail et la rémunération. Cette nouvelle orientation a débouché sur l'adoption de l'agenda pour le « travail décent » en 2008, associant des indicateurs de ce dernier à la promotion des conventions. L'autre source de cette proposition de relecture du droit du travail à l'aune du « travail décent » vient d'une certaine interprétation des droits de l'homme comme dérivant d'une norme fondamentale commune, celle de la dignité. Nouvelle politique ou prolongement d'une philosophie inhérente à l'OIT, cette entreprise est justifiée par la Déclaration de Philadelphie de 1944 affirmant que « le travail n'est pas une marchandise » (SUPIOT, 2010). En cela, les droits sociaux peuvent être pris comme conditions nécessaires au respect de la dignité et participent de l'universalisme des droits de l'homme (ADAM, 2014a, 2014b). Cette interprétation, qui recherche ses fondements au sein des textes internationaux et européens, invite à une déclinaison de la dignité en général, et du travail décent en particulier, sous divers droits, impliquant un réordonnement des protections du travail contre les tentatives de réification du travailleur : conditions de travail et d'hébergement indignes, absence de rémunération décente, travail forcé, etc. La protection de la dignité est aussi l'un des fondements de l'interdiction du harcèlement tant moral que sexuel (ADAM, 2014a, 2014b), le juge réprimant même de manière autonome l'atteinte à la dignité du salarié⁵⁶.

Enfin, ce « retour » au droit social international et européen se traduit dans des contentieux qui accompagnent la mise en place des réformes. Les normes internationales et européennes sont alors mobilisées pour défendre une idée du droit du travail mise en cause par l'intervention législative. Ces contentieux ont accompagné les dernières réformes : du contrat nouvelle embauche (CNE) à la mise en place des barèmes d'indemnités des licenciements sans cause réelle et sérieuse en passant par la réforme de la représentativité, chacun de ces dispositifs a été, avec des succès variés, mis à l'épreuve des standards internationaux ou européens en matière de droit du travail. Le CNE et sa période d'essai de deux ans ont ainsi été déclarés incompatibles avec la convention OIT n° 158⁵⁷, quand la fronde syndicale contre la réforme de la représentativité en 2008 (BIED-CHARRETON, 2010) n'a tiré que peu de fruits de la mobilisation de ces standards sociaux. La dispute sur la conventionnalité du barème des indemnités de licenciement mobilise un argumentaire analogue reposant sur l'article 24 de la Charte sociale européenne et la convention OIT n° 158 (MOULY, 2019). Les récents avis de la Chambre sociale rendus à propos de la conventionnalité du barème des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse témoignent toutefois des limites d'une telle stratégie contentieuse, ces textes étant souvent formulés de manière à préserver une marge d'appréciation importante aux États⁵⁸ (SACHS, 2019 ; GARDIN, LHERNOULD, 2019). Les textes invoqués (conventions OIT ou Charte sociale

56. Soc., 7 février 2012, n° 10-18.686.

57. Soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124.

58. Cass., avis, 17 juillet 2019, n° 15012 et n° 15013.

européenne) n'en sont pas moins emblématiques ; exclusivement dédiés à la promotion et à la défense des droits sociaux, ils sont soustraits à la dialectique libérale des droits fondamentaux à laquelle ouvrent d'autres textes comme la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans le contexte européen, les raisonnements antagoniques de la Cour de justice et du Comité européen des droits sociaux, gardien de la Charte sociale, à propos du droit à l'action collective, ont souligné la fonction défensive dont pouvaient être investis ces forums dédiés à la promotion des droits sociaux (SUPIOT, 2016). Le Comité européen des droits sociaux a, à cette occasion, réaffirmé que « le droit de la Charte et la législation de l'UE sont deux systèmes juridiques différents, et [que] les principes, règles et obligations qui forment la seconde ne coïncident pas nécessairement avec le système de valeurs, les principes et les droits consacrés par la première⁵⁹ ». Ces textes offrent également un renfort contre certaines évolutions liées à la fondamentalisation du droit du travail précédemment évoquées.

Le « retour » au droit international et européen peut ainsi être compris comme l'une des tentatives visant à redonner au droit du travail national une interprétation travailliste.



Qu'en est-il des évolutions du droit du travail ? De la même manière qu'il importe de distinguer branche du droit et discipline juridique, il y a plusieurs manières de comprendre un tel questionnement et donc de rendre compte des transformations du droit du travail. De prime abord, une description comptable de l'altération des droits et garanties des salariés dans le droit positif paraît s'imposer, mais elle peine à rendre compte de la signification des évolutions engagées réforme après réforme. Cette description ne mérite-t-elle pas plus que la simple comptabilité des modifications des réglementations du travail ? Sauf à renoncer à toute prétention de compréhension, elle appelle des « interprétations ».

Telle est l'intuition qui paraît aujourd'hui animer un nombre croissant d'auteurs qui, prenant acte de l'ampleur des réformes successives, soulignent l'avènement de nouveaux « modèles » ou « paradigmes ». Décrire le droit du travail implique désormais d'autres ordonnancements, sémantiques et évaluations que ceux jusqu'alors mobilisés pour l'interpréter. Même si ces nouvelles interprétations ne font, pour l'heure, pas système, elles permettent de décrire, prescrire ou critiquer les ordonnancements issus de la dernière séquence des réformes. Elles ne forment pas un nouveau modèle mais dessinent, au contraire, le paysage d'un droit du travail fragmenté au sein duquel s'éprouvent de nouvelles oppositions au cœur même des arrangements et des lieux communs à partir desquels était interprété le droit du travail et son déploiement : entre

59. Comité européen des droits sociaux (CEDS), 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, Récl. n° 85/2012, pt. 74.

l'individuel et le collectif, entre les droits sociaux et les droits et libertés fondamentaux, entre la mobilité professionnelle promue par la flexisécurité et le renouveau de la conception institutionnelle de l'entreprise ou entre le droit national et les standards internationaux et européens.

L'absence de lecture unique des évolutions du droit du travail n'est pas surprenante car les conflits d'interprétations ont de longue date structuré la discipline et participé à sa construction dialectique. Aussi, l'identification de tels conflits n'explique pas à elle seule la crise de l'herméneutique travailliste. Si crise il y a, sa genèse est autre. Elle tient à la nature des interprétations aujourd'hui convoquées et au fait qu'elles adoptent pour partie une perspective externe, en s'adossant à des évaluations provenant d'autres corpus et sémantiques que ceux du droit du travail : droit de la personne, taux d'emploi, coût du travail. Ces interprétations mettent en cause la clôture disciplinaire du droit du travail et, confrontées à leur déploiement et aux critères d'évaluation externes, les interprétations travaillistes peinent à retrouver leur centralité. D'aucuns pourraient être tentés d'expliquer ce décentrement par l'ampleur des réformes imposant une vision externe. Mais une autre hypothèse mérite d'être soulevée. Le décentrement des interprétations travaillistes n'est-il pas le signe d'un déplacement plus profond, celui du statut de la normativité juridique au regard de la question du travail ?

On peut en effet se demander si les interprétations juridiques du travail n'ont pas perdu leur centralité comme outil de qualification et de coordination des activités du travail. À cet égard, l'évolution des relations de la discipline du droit du travail avec d'autres savoirs qui s'intéressent au travail semble faire sens. En consolidant un accord sur l'idée de salariat, conçu comme travail subordonné, le droit du travail a historiquement donné une référence pour la définition des premières frontières de la sociologie du travail ou de l'économie du travail, conçues, souvent implicitement, en référence à l'activité de travail subordonnée. La catégorisation de l'activité professionnelle par la statistique publique a par ailleurs suivi une voie analogue. Cette fonction référentielle du droit est également présente dans la construction de certaines questions structurantes, comme celle de la précarité qui, pour partie du moins, a pris pour indicateurs les diverses formes de travail subordonné, tels les CDD ou les temps partiels. La normativité juridique a en partie perdu cette vocation référentielle. Mais ne serait-ce pas aujourd'hui le signe du délitement de la fonction référentielle du droit du travail (WOLMARK, 2016) que révèle ce décentrement des interprétations travaillistes dans leur saisie des réformes du droit du travail ?

Quels enseignements faudrait-il tirer d'une telle perspective ? Certains y verront un argument supplémentaire en faveur d'un rappel au droit contre d'autres formes de normativité. Une voie plus modeste s'offre toutefois aux savoirs juridiques, celle faisant place à la pluralité des interprétations du travail.

BIBLIOGRAPHIE

- ADAM P. (2005), *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié individu*, Paris, LGDJ.
- ADAM P. (2013), « Vie personnelle/vie professionnelle : une distinction en voie de dissolution ? (petit exercice de jardinage juridique) », *Le Droit ouvrier*, n° 780, pp. 431-444.
- ADAM P. (2014a), « La “dignité du salarié” et le droit du travail (première partie) », *Revue de droit du travail*, n° 3, pp. 168-176.
- ADAM P. (2014b), « La dignité du salarié (deuxième partie) », *Revue de droit du travail*, n° 4, pp. 244-254.
- AFFICHARD J., LYON-CAEN A., VERNAC S. (2009), « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail : quelques leçons d'un programme de recherche », *Revue de droit du travail*, n° 11, pp. 631-638.
- AUROUX J. (1981), *Les Droits des travailleurs. Rapport au président de la République et au Premier ministre*, Paris, La Documentation française.
- AUVERGNON P. (2014), « À propos de la promotion du “travail décent” par l'Organisation internationale du travail », in Mestre C., Sachs-Durand C., Storck M. (dir.), *Le Travail humain au carrefour du droit et de la sociologie. Hommage au professeur Nikitas Aliprantis*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, pp. 343-364.
- AUZERO G. (2008), « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une “flexisécurité à la française” », *Revue de droit du travail*, n° 3, pp. 152-161.
- AUZERO G., BAUGARD D., DOCKÈS E. (2018), *Droit du travail*, 32^e éd., 2019, Paris, Dalloz.
- BADINTER R., LYON-CAEN A. (2015), *Le Travail et la Loi*, Paris, Fayard.
- BARGAIN G., SACHS T. (2016), « La tentation du barème », *Revue de droit du travail*, n° 4, pp. 251-257.
- BARTHÉLÉMY J., CETTE G. (2015), *Réformer le droit du travail*, Paris, Odile Jacob.
- BARTHÉLÉMY J., CETTE G. (2016), « Le contrat unique. Une auberge espagnole », *Revue de l'OFCE*, n° 146, pp. 43-65.
- BAUDUIN B. (2017), *La Constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse de doctorat en Sciences juridiques. Droit privé, Université Paris-I.
- BERTHIER P.-E. (2019), « La justification présumée des disparités de traitement suscitées par un accord collectif aux prises avec le droit de l'Union européenne », *Revue de droit du travail*, n° 7-8, pp. 498-504.
- BLANCHARD O., TIROLE J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Paris, La Documentation française, coll. « Les rapports du Conseil d'analyse économique ».
- BIED-CHARRETON M.-F. (2010), « Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales. Autre regard sur le jugement du tribunal d'instance de Brest », *Le Droit ouvrier*, n° 745, pp. 418-426.

BOISSONNAT J. (1995), *Le Travail dans vingt ans. Rapport de la commission présidée par Jean Boissonnat*, Paris, Odile Jacob.

BONNECHÈRE M. (2007), « L'optique du travail décent », *Le Droit ouvrier*, n° 703, pp. 57-74.

BONNECHÈRE M. (2008), « Travail décent et modernisation du droit du travail », *Travail et Emploi*, n° 113, pp. 91-101.

BORENFREUND G. (1990), « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Droit social*, pp. 626-637.

BORENFREUND G. (2016), « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, n° 12, pp. 781-790.

BORENFREUND G., FAVENNEC-HÉRY F. (2016), « Le renforcement de la légitimité des accords collectifs justifie-t-il un effacement de la volonté individuelle du salarié ? », *Revue de droit du travail*, n° 5, pp. 309-317.

BORENFREUND G., SOURIAU M.-A. (2018), « Troubles dans les représentations d'une discipline », in Jeammaud A., Le Friant M., Lokiec P., Wolmark C. (coord.), *À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, pp. 155-159.

CAHUC P., KRAMARZ F. (2004), *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle. Rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale*, Paris, La Documentation française.

CANUT F. (2014), « L'environnement européen de la flexisécurité », *Droit social*, n° 7-8, pp. 668-674.

CANUT F., GÉA F. (2016), « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *Droit social*, n° 12, pp. 1038-1049.

CANUT F., GÉA F. (2017), « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Droit social*, n° 1, pp. 47-56.

CARBONNIER J. (1994), *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France.

CHATZILAOU K. (2016), *L'Action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ.

CLAUWAERT S. (2018), "The Country-Specific Recommendations (CSRs) in the Social Field. An Overview and Comparison. Update Including the CSRs 2018-2019", *Background Analysis*, n° 2018-01, Etui.

COLLECTIF (1986), « Faut-il brûler le Code du travail ? », Actes du colloque de Montpellier, *Droit social*, n° 7-8, n° spécial, pp. 559-604.

COMBRESSELLE J.-D. (2015), *La Négociation collective, le Travail et l'Emploi. Rapport au Premier ministre*, Paris, France Stratégie.

COMITÉ CHARGÉ DE DÉFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL (2016), *Rapport au Premier ministre*, Paris, Premier ministre.

- DALMASSO R. (2014), « Les indicateurs de législation protectrice de l'emploi au crible de l'analyse juridique », *La Revue de l'Ires*, n° 82, pp. 37-61.
- DÄUBLER W. (2019), « Une utopie sortie du désert ? Le "Code du travail alternatif" en France », *Le Droit ouvrier*, n° 850, pp. 275-285.
- DIRTINGER J., DOCKÈS E., ETIÉVANT G., LE MOAL P., MANGENOT M. (2015), *Le Code du travail en sursis ?*, Paris, Syllepse, Fondation Copernic.
- DOCKÈS E. (dir.) (2017), *Proposition de Code du travail*, Paris, Dalloz.
- DOCKÈS E. (coord.) (2018), « Quels avenir pour le droit du travail ? », *Droit social*, n° 3, pp. 216-292.
- DUMORTIER G., PÉCAUT-RIVOLIER L. (2016), « Des principes du droit du travail modernes », *Semaine sociale Lamy*, n° 1708, pp. 3-6.
- ESCANDE VARNIOL C., LAULOM S., MAZUYER E. (coord.) (2012), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier.
- GR-PACT (GROUPE DE RECHERCHE POUR UN AUTRE CODE DU TRAVAIL) (2016), « Pour un autre droit du temps de travail », *Droit social*, n° 5, pp. 422-438.
- GAUDU F. (1996), « Les notions d'emploi en droit », *Droit social*, n° 6, pp. 569-576.
- GÉA F. (2017), « Un changement de paradigme ? », *Droit social*, n° 12, p. 997-1007.
- ICHINO P. (2008), « Le droit du travail favorise-t-il effectivement l'égalité entre les travailleurs ? », in Auvergnon P. (dir.), *L'Effectivité du droit du travail. À quelles conditions ?*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, pp. 81-89.
- IZARD S. (2016), « Les 61 principes disparaissent du Code du travail », *Semaine sociale Lamy*, n° 1715, pp. 2-4.
- JEAMMAUD A. (1998), « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Droit social*, n° 3, pp. 211-222.
- JEAMMAUD A. (2010), « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, n° 1, p. 181-205.
- JEAMMAUD A. (2018), « Les principes dits "de faveur" ont-ils vécu ? », *Revue de droit du travail*, n° 3, pp. 177-188.
- JEAMMAUD A., LE FRIANT M., LYON-CAEN A. (1997), « L'ordonnancement des relations du travail », *Recueil Dalloz*, n° 38, pp. 359-368.
- KIRAT T. (2019), « Déjudiciariser les licenciements : des économistes au législateur », *Revue de droit du travail*, n° 4, pp. 242-248.
- LAFORE R. (2018), « La flexisécurité : il y a loin des mots à la chose », *Revue de droit du travail*, n° 10, pp. 645-648.
- LANG C., CLAUWAERT S., SCHÖMANN I. (2013), « Les réformes du temps de travail en temps de crise », *Working Paper*, n° 2013-04, Etui.

- LECLERC O., SACHS T. (2015), « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue française de socio-économie*, n° 2015/2, hors-série, pp. 171-185.
- GARDIN A., LHERNOULD J.-P. (2019), « Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le cœur et la raison », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 5, p. 353.
- LOKIEC P. (2015a), *Il faut sauver le droit du travail !*, Paris, Odile Jacob.
- LOKIEC P. (2015b), « "Qui dit conventionnel dit juste !" L'avènement d'un nouveau dogme », *La Semaine juridique*, n° 10-11, pp. 464-465.
- LOKIEC P. (2016), « Les 61 principes ne lèvent en rien les inquiétudes suscitées par le futur Code du travail », *Semaine sociale Lamy*, n° 1708, pp.8-10.
- LOKIEC P. (2019), « Démocratie représentative et démocratie directe. La vogue du référendum », *Droit social*, n° 3, p. 201-203.
- LOKIEC P., LYON-CAEN A. (dir.) (2005), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz.
- LOKIEC P., ROBIN-OLIVIER S. (dir.) (2012), « Les réactions du droit du travail face à la crise », *Le Droit ouvrier*, n° 763, pp. 67-148.
- LYON-CAEN A. (1992), « Le droit et la gestion des compétences », *Droit social*, n° 6, pp. 573-580.
- LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD A. (dir.) (1986), *Droit du travail, démocratie et crise. En Europe occidentale et en Amérique, Canada, Espagne États-Unis d'Amérique, France, Grande-Bretagne, Italie, Mexique, Pérou, République fédérale d'Allemagne. Essai comparatif*, Arles, Actes sud.
- LYON-CAEN A., SACHS T. (2013), « L'ADN d'une réforme », *Revue de droit du travail*, n° 3, pp. 162-167.
- LYON-CAEN G. (1951), « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Le Droit ouvrier*, p. 1.
- LYON-CAEN G. (1992), *Les Libertés publiques et l'Emploi. Rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, Paris, La Documentation française.
- LYON-CAEN G. (1995a), *Le Droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz.
- LYON-CAEN G. (1995b), « Le droit virtuel : l'exemple du régime de l'emploi », *Recueil Dalloz*, n° 4, pp. 21-23.
- MAGGI-GERMAIN N. (1999), « À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue », *Droit social*, n° 7-8, pp. 692-699.
- MAGGI-GERMAIN N., CAILLAUD P. (2007), « Vers un droit personnel à la formation ? », *Droit social*, n° 5, pp. 574-591.
- MEYRAT I. (2005), « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail ; pour une approche critique », in Lokiec P., Lyon-Caen A. (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, p. 41.
- MOREAU M.-A. (1992), « Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991 », *Droit social*, n° 2, pp. 174-185.

- MOREAU M.-A. (2006), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz.
- MOULY J. (2018), « L'affaire Baby Loup devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? », *Recueil Dalloz*, n° 37/7795, p. 2097.
- MOULY J. (2019), « La barémisation des indemnités prud'homales : un premier pas vers l'inconventionnalité ? », *Droit social*, n° 2, pp. 122-129.
- MUNCK J. (DE) (1999), « Les trois crises du droit du travail », *Droit social*, n° 5, p. 443-446.
- MUSSO P., SUPLOT A. (2018), *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*, Paris, Hermann.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M. (1987), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis.
- PASQUIER T. (2010), *L'Économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Paris, LGDJ-Lextenso éd.
- PASQUIER T. (2018), « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective », *Revue de droit du travail*, n° 1, pp. 44-51.
- PÉLISSIER J., SUPLOT A., JEAMMAUD A., AUZERO G. (collab.) (2008), *Droit du travail*, 24^e éd., Paris, Dalloz.
- PESKINE E. (2014), « La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », *Droit social*, n° 5, pp. 438-445.
- PESKINE E., PORTA J., SACHS T., WOLMARK C. (2012), « Protection et efficacité économique : un couple dans la crise », *Le Droit ouvrier*, n° 763, pp. 69-78.
- PESKINE E., WOLMARK C. (2019), *Droit du travail 2020*, 13^e éd., Paris, Dalloz.
- PERULLI A. (2015), « Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolaborisme », *Revue de droit du travail*, n° 12, pp. 732-740.
- PERULLI A. (2018), « Les ordonnances Macron et le Jobs Act : valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail », *Droit social*, n° 1, pp. 86-89.
- PORTA J. (2014), « Une loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale », *Le Droit ouvrier*, n° 792, pp. 491-500.
- PORTA J. (2019), « Les transformations des droits sociaux dans la globalisation », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], n° 16. <https://doi.org/10.4000/revdh.6900>.
- PORTA J., WOLMARK C. (2018), « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve du pluralisme », in Jeammaud A., Le Friant M., Lokiec P., Wolmark C. (coord.), *À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, pp. 789-814.
- ROMAN D. (dir.) (2012), *La Justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances. Actes du colloque tenu au Collège de France, Paris, 25 et 26 mai 2011*, Paris, Éditions Pedone.
- SACHS T. (2013a), *La Raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Paris, LGDJ-Lextenso éd.

SACHS T. (2013b), « Vers un droit du marché du travail », *Semaine sociale Lamy*, n° 1569, pp. 9-11.

SACHS T. (2019), « La conventionnalité du plafonnement des indemnités de licenciement injustifié : des avis peu convaincants », *Recueil Dalloz*, n° 34, pp. 1916-1921.

SACHS T., WOLMARK C. (2017), « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Droit social*, n° 12, p. 1008-1017.

SALAS R. (2004), « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la Stratégie européenne pour l'emploi », in Zimmermann B. (dir.), *Les Sciences sociales à l'épreuve de l'action. Le savant, le politique et l'Europe*, Paris, Maison des sciences de l'homme, pp. 287-331.

SCIBERRAS J.-C., LAFORE R. (2018), « La France est-elle sur la voie de la flexisécurité ? », *Revue de droit du travail*, n° 10, pp. 642-648.

SERVAIS J.-M. (2011), « L'OIT et le travail décent. La difficile médiation entre croissance, création d'emploi et protection des travailleurs », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2011/1, pp. 71-80.

SERVERIN E. (2019), « Derrière la baisse des demandes, la reconfiguration des profils des demandeurs », *Revue de droit du travail*, n° 4, pp. 228-231.

SERVERIN E., VIGNEAU C. (2019), « La baisse du contentieux est-elle le signe d'une pacification de la relation de travail ? », *Revue de droit du travail*, n° 4, pp. 227-233.

SUPIOT A. (1990), « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social*, n° 6, p. 485-492.

SUPIOT A. (1992), « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Droit social*, n° 4, pp. 382-385.

SUPIOT A. (dir.) (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, Paris, Flammarion, 1999.

SUPIOT A. (2010), *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

SUPIOT A. (2015a), *Critique du droit du travail*, nouvelle éd., Paris, Presses universitaires de France.

SUPIOT A. (2015b), *L'Entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz.

SUPIOT A. (2015c), « Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ? Mise en perspective des réformes depuis 2013. Questions à Alain Supiot », *Le Droit ouvrier*, n° 807, pp. 559-569.

SUPIOT A. (dir.) (2016), « Les gardiens des droits sociaux en Europe. Les recours nationaux et internationaux en cas de remise en cause des droits sociaux par l'Union européenne. Actes du séminaire du 6 février 2015 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1746, supplément.

SUPIOT A. (2019), *Le Droit du travail*, 7^e éd. mise à jour, Paris, Presses universitaires de France.

TEYSSIÉ B. (1986), « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Droit social*, n° 7-8, n° spécial, p. 561.

TOURNAUX S. (2016), « Le Code du travail et ses mues », *Droit social*, n° 9, pp. 680-688.

VERKINDT P.-Y. (2012), « Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2012/2, pp. 30-36.

VIRVILLE M. (DE) (2004), *Pour un Code du travail plus efficace. Rapport au ministre des Affaires sociales et de la Solidarité*, Paris, La Documentation française.

WAQUET P. (2010), « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », *Droit social*, n° 1, pp. 14-20.

WOLMARK C. (2016), « Quelle place pour le travail dans le droit du travail ? », *Droit social*, n° 5, pp. 439-445.

WOLMARK C. (2018), « La neutralité du salarié », *Revue de droit du travail*, n° 11, pp. 726-734.