

L'entreprise et le droit du travail

Bernard TEYSSIÉ

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

RÉSUMÉ. — Le **droit du travail** est confronté à une **entreprise** dont le dessein a été initialement fixé par d'autres que lui. S'il le perçoit comme un frein à son épanouissement, il s'attachera à le briser pour imposer son propre schéma. N'hésitant pas à ignorer ou neutraliser les frontières tracées par le droit des sociétés, il privilégie une conception souple de l'entreprise, à la recherche de l'essentiel : une activité économique, une communauté d'hommes. Mais de cette entité, il entend imposer une organisation qui, au service de l'objectif de **participation**, risque d'être source de rigidités perçues comme autant d'obstacles à sa gestion.

Cependant, après avoir été d'abord un « droit du salarié » (les normes formulées l'étant surtout en vue de contribuer à l'accroissement de sa protection ou à l'amélioration de sa participation à la gestion, aux résultats ou au capital de l'entreprise), le droit du travail français tend à devenir aujourd'hui un « droit de l'entreprise » prenant en compte, sans renier ses préoccupations premières (et même en leur donnant de nouvelles applications), les préoccupations et exigences de celle-ci qu'elles intéressent ses modes de gestion ou d'organisation. Il est vrai que l'entreprise dispose de moyens de pression qui lui permettent d'obtenir satisfaction de ses revendications, singulièrement dans un pays où les chômeurs se comptent par millions : la menace de procéder à des suppressions massives d'emplois par accélération des processus d'automatisation ou de délocalisation ne saurait être prise à la légère. Sans compter qu'en un temps où disparaissent peu à peu les formes d'activité industrielle utilisatrices d'un nombre élevé de travailleurs, une entreprise peut fonctionner sans salarié (en recourant, pour les tâches qui ne sont pas accomplies par des automates, à des sous-traitants, des intérimaires, des mandataires...) alors qu'un **salarié** sans entreprise n'est guère concevable.

1. - L'entreprise... Le droit du travail... Une entité économique et sociale aux contours souvent flous... Un diabolin juridique (à en croire certains)... Des rapports complexes mais dont il n'est point sûr qu'ils ne se résument à une histoire de conquêtes. De conquérant et de conquis. De conquérant conquis.

2. - Mené par le droit du travail, l'assaut fut d'autant plus aisé qu'il était dans la place. N'est-il, en effet, dans l'entreprise dès l'instant où un homme ayant rang de personne concourt, sous la direction du maître de l'affaire, à l'activité de celle-ci ? Entre auteur et bénéficiaire de la prestation de travail un contrat est formé. Peu importe le nom qui lui est donné, la catégorie juridique à laquelle il est rattaché. Qu'il soit baptisé

louage de services n'affecte pas l'essentiel : la présence d'un droit des relations de travail.

3. - Mais de ce fêtu la place est tellement subalterne qu'il peine à retenir l'attention des juristes, au point de n'être pas précisément identifié. Il faut attendre le XX^e siècle pour qu'après les tâtonnements qu'expriment des formules comme « législation industrielle » ou « droit ouvrier », il s'affirme sous le nom que nous lui connaissons et qui traduit, mieux que les précédents, la réalité de son contenu. Que de changements en un siècle ! Une discipline qui, voici cent ans, était en quête d'identité, est devenue une pièce majeure du droit de l'entreprise. Elle a crû en même temps que s'amplifiait l'intérêt porté à l'homme qui y travaille. L'homme (non point l'homme idéalisé mais l'homme réel, de chair et de sang) est au cœur des préoccupations du droit du travail. Il est symptomatique que nombre de textes adoptés aux premiers temps de la législation du travail mais aussi de directives nées aujourd'hui de l'action de la Communauté européenne en matière sociale intéressent la sécurité dans l'entreprise : il faut éviter à l'homme les blessures, la maladie ou la mort en raison de son activité professionnelle.

Cet intérêt pour l'homme est à tous égards légitime : moralement, socialement, économiquement. Sans lui, les capitaux rassemblés, les outils achetés ne sont rien. Une entreprise vaut ce que valent ceux qui la dirigent, l'animent, concourent chaque jour à son fonctionnement. Reste à donner traduction au propos. En lui offrant une double déclinaison, contractuelle et institutionnelle, le droit du travail y contribue.

4. - *Déclinaison contractuelle.* – Le droit du travail s'intéresse aux contrats de l'entreprise : les contrats de travail mais aussi tous ceux susceptibles d'en affecter le cours (prêts consentis par l'employeur à ses salariés, accords emportant cession ou mise en location-gérance de l'entreprise, etc). L'intérêt qu'il y porte répond souvent à un impératif de protection : il organise des rapports contractuels noués entre des personnes de si inégale puissance que le contrat conclu risque fort d'être d'adhésion plus que de gré à gré. Son intervention n'a rien, en vérité, de singulier, hormis son caractère systématique. Elle rejoint celles du droit civil ou du droit commercial lorsqu'ils réglementent les contrats de vente, de bail, d'assurance, de transport, de banque, afin d'éviter que d'un rapport de force inégal naisse une relation contractuelle déséquilibrée.

Mais l'intérêt du droit du travail pour le jeu contractuel le conduit parfois à bousculer les normes qui, traditionnellement, le gouvernent : le droit des conventions collectives, celui du transfert d'entreprise (vu à la lumière du droit du travail) s'attachent à neutraliser le dogme de l'effet relatif des contrats ; la reconnaissance du droit de grève porte un coup au principe de force obligatoire en légitimant un refus d'exécution des engagements pris ; la jurisprudence selon laquelle « seule la faute lourde du salarié peut engager la responsabilité pécuniaire de ce dernier » à l'égard de l'employeur¹, met obstacle au jeu normal du droit de la responsabilité civile.

¹ Cass. soc. 23 janv. 1992 : *JCP* 1993, éd. E, II, 446, note Ph. Delebecque.

5. - *Déclinaison institutionnelle.* – À l'intérêt qu'il porte à l'homme, le droit du travail offre aussi une déclinaison institutionnelle, s'attachant à dessiner, consolider, organiser.

Il sacrifie à l'art du dessin lorsqu'il propose une perception nouvelle de l'entreprise, *via* les concepts d'entité économique et d'unité économique et sociale... sans trop se préoccuper des normes posées par d'autres, singulièrement le droit des sociétés. En brisant ou neutralisant le cadre tracé par ce dernier au profit d'une lecture plus réaliste de l'entreprise, il introduit de la souplesse là où elle n'était pas nécessairement attendue. Mais en exigeant, dans le cadre par lui tracé, la présence d'instances de représentation du personnel, il est source de rigidités... qui ne sont pas nécessairement bienvenues.

En les imposant, le droit du travail peut, toutefois, faire œuvre de consolidation. Tel est le cas lorsqu'il contribue, *via* le comité de groupe et les instances européennes de représentation du personnel, à la structuration des groupes de sociétés et à l'émergence d'une culture et d'une image, condition et effet d'une homogénéisation souhaitée. Il concourt, par là-même, à les rapprocher de l'entreprise... dont ils ne sont plus, parfois, qu'une variante. Entre groupe et entreprise, le concept d'unité économique et sociale, en permettant de traiter le premier à la manière de la seconde (nonobstant les divisions juridiques nées du droit des sociétés), jette une passerelle.

Dans tous les cas, le droit du travail contribue, sous la bannière du principe de participation, à l'encadrement des jeux de pouvoir. L'enjeu est d'importance, l'entreprise, le groupe, collectivité humaine, outil économique, instrument financier, en bref lieu de pouvoir, étant aussi source de pouvoir dans la Cité. Leur organisation ressort, pour l'essentiel, du droit des sociétés et du droit du travail, les deux conjuguant parfois concepts et méthodes pour forger sociétés coopératives ouvrières de production, sociétés anonymes à participation ouvrière, options d'achat d'actions réservées aux salariés... fleurons d'un droit commercial du travail qui trouve dans le thème de la participation de ces derniers au capital et à la gestion de leur entreprise l'un de ses plus puissants aliments.

6. - Outil d'organisation de l'entreprise, le droit du travail (du moins en France) préserve, pour l'essentiel, l'exercice du pouvoir de direction (parce qu'en matière économique, il ne saurait y avoir qu'un décideur, en même temps responsable des décisions prises) en réduisant (en général) les représentants du personnel au rôle de donneurs d'avis, tout en contribuant à son cantonnement lorsqu'est envisagée par l'employeur l'édiction de normes, notamment dans le cadre d'un règlement intérieur.

7. - Il s'attache, en définitive, à conjuguer l'exercice classique du pouvoir de direction par les détenteurs du capital (ou leurs représentants) avec le pouvoir de gestion reconnu aux représentants du personnel au nom du principe de participation. Est perceptible un glissement vers un schéma complexe où sont associés à la gestion de l'entreprise les détenteurs du capital (ou leurs représentants) et la collectivité des salariés (*via* leurs représentants) par emprunt tantôt à la technique de la colonisation tantôt à celle de la cohabitation.

La colonisation est avérée lorsque les représentants des salariés s'implantent dans des structures (constitutives d'autant de lieux de pouvoir) dont l'accès était jusqu'alors réservé aux détenteurs du capital : représentants du comité d'entreprise au conseil

d'administration ou de surveillance² ; administrateurs et membres du conseil de surveillance appartenant au groupe des salariés³. Le phénomène est accru par l'attraction du salariat sur les détenteurs du capital et de l'actionariat sur les salariés. De la première, la recherche du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail offre illustration : si cette formule a pu, naguère, être conçue comme une voie d'accès de certains salariés, pris parmi les meilleurs, aux organes de direction de l'entreprise, elle est souvent devenue un moyen pour les dirigeants de celle-ci de se procurer les avantages liés au contrat de travail. À la seconde (qui se traduit par l'accession des salariés à la qualité d'actionnaire) ont été offerts de multiples vecteurs⁴... avec le risque qu'ils soient surtout utilisés par les cadres, à leur profit, et ne contribuent guère qu'à renforcer les moyens et les ressources d'un groupe de « dirigeants », à la fois salariés et chefs d'entreprise, dont l'autorité et la légitimité ne sont pas nécessairement à l'abri de toute interrogation.

La cohabitation résulte de la présence, face aux organes dans lesquels siègent les détenteurs du capital, d'instances de représentation du personnel. Elle est source d'interactions qu'accroît la présence dans les secondes de représentants du premier (qu'assure l'attribution au chef d'entreprise de la présidence du comité du même nom) et dans les premiers de représentants du second.

De l'interaction à l'interpénétration des structures d'organisation économique et sociale, il n'est qu'un pas, aujourd'hui franchi : la présence du chef d'entreprise dans le comité d'entreprise à laquelle fait écho celle de membres du comité d'entreprise au sein du conseil d'administration ou de surveillance, la communication aux représentants du personnel des documents transmis aux associés⁵ à laquelle répond la présentation à ces derniers, réunis en assemblée générale, des vœux du comité⁶, y contribuent.

8. - Outil d'organisation d'une collectivité humaine formée du chef d'entreprise et de l'ensemble des salariés, de quelque catégorie qu'ils relèvent, les normes qui composent ce qu'il est convenu d'appeler le droit du travail ont, entre autres, pour finalité de faire prendre conscience à tous les membres de cette collectivité qu'ils constituent une communauté tendue vers la réalisation d'un même but : le renforcement et le développement d'une entreprise dont l'intérêt doit transcender les préoccupations de chacun. Mais l'émergence – au delà des mots – de cette communauté suppose que place soit accordée, de manière équilibrée, aux aspirations de tous. Il est nécessaire que soient harmonieusement conjuguées protection et participation, les salariés devant éprouver le sentiment

² C. trav., art. L. 432-6.

³ L. n° 66-537 du 24 juill. 1966, art. 97-1 et art. 137-1 et s. ; L. n° 86-912 du 6 août 1986, art. 8-1.

⁴ Cf. L. n° 70.1322 du 31 déc. 1970 relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés ; L. n° 73.1196 du 27 déc. 1973 relative à l'acquisition ou à la souscription d'actions de sociétés par leurs salariés ; L. n° 80.834 du 24 oct. 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales ; L. n° 86.912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

⁵ C. trav., art. L. 432-4, al. 5 et 8.

⁶ C. trav., art. L. 432-4, al. 6.

d'être réellement associés aux résultats de l'entreprise (non seulement lorsqu'ils sont mauvais mais aussi lorsqu'ils sont bons) et à sa gestion, *via* leurs représentants.

9. - De cette association le droit du travail fixe les règles, façonnant l'entreprise, l'organisant, pour qu'à cet objectif traduction soit donnée. Encore faut-il prendre garde à ne pas créer des contraintes telles que, paralysée, l'entreprise ne finisse par périr. Droit conquérant, le droit du travail doit aussi prendre en compte les besoins de l'entité économique à laquelle il entend imposer ses modes d'organisation (I)... quitte à être un peu moins un droit du salarié et un peu plus un droit de l'entreprise. Un empire n'a-t-il, de toute façon, vocation à être un jour conquis par ceux qu'il avait cru gouverner ? (II).

I. — LE DROIT DU TRAVAIL, DROIT CONQUÉRANT

10. - Le droit du travail est confronté à une entreprise dont le dessin a été initialement fixé par d'autres que lui. S'il le perçoit comme un frein à son épanouissement, il s'attachera à le briser pour imposer son propre schéma. N'hésitant pas à ignorer ou neutraliser les frontières tracées par le droit des sociétés, il privilégie une conception souple de l'entreprise, à la recherche de l'essentiel : une activité économique, une communauté d'hommes (A). Mais de cette entité, il entend imposer une organisation qui, au service de l'objectif de participation, risque d'être source de rigidités perçues comme autant d'obstacles à sa gestion (B).

A. — *Le droit du travail vecteur d'une conception souple de l'entreprise*

11. - De la notion d'entreprise, le droit du travail effectue un abondant usage⁷. Mais il en forge sa propre définition, n'hésitant pas à s'écarter des schémas retenus par d'autres, démembrant pour prendre en compte l'entité (1) ou rassemblant pour appréhender l'unité (2). Dans les deux cas, il se montre indifférent aux montages opérés par emprunt aux techniques sociétaires dès lors qu'ils n'épousent pas la réalité économique et sociale... ce qui s'explique aisément : gouvernant une communauté d'hommes affectés à la conduite d'une activité, comment ne privilégierait-il pas une définition de l'entreprise organisée autour de ces éléments ?

1. L'entité.

12. - Une entreprise est parfois une addition d'entités économiques... que le droit du travail prend en compte pour traiter chacune d'entre elles, dans la mesure que commande l'intérêt des salariés, à la manière d'une entreprise autonome. De cette pratique, la mise en œuvre des dispositions visant à assurer le maintien des contrats de travail en dépit des

⁷ Cf. not. C. trav., art. L. 122-12 (transfert de l'entreprise), L. 132-18 (conventions et accords collectifs d'entreprise), L. 212-4-1 (horaires individualisés), L. 321-1-1 (ordre des licenciements pour motif économique), L. 412-1 (exercice du droit syndical dans l'entreprise), L. 431-1 (comité d'entreprise), L. 441-1 (intéressement des salariés à l'entreprise), L. 442-1 (participation des salariés aux résultats de l'entreprise)...

modifications affectant la situation juridique de l'employeur⁸ constitue la meilleure illustration. À la cession de l'entreprise, la Cour de cassation, sous l'influence du juge communautaire⁹, assimile le « transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise »¹⁰. Mais si elle fut d'abord forgée en contemplation de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, la notion d'entité économique est également utilisée aujourd'hui pour la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 132-8, alinéa 7, du même code, lesquelles, lorsqu'est mise en cause l'application d'une convention ou d'un accord collectif (notamment en raison d'une cession de l'entité qu'il gouvernait), en imposent le maintien en attendant que d'une négociation nouvelle naisse un accord d'adaptation ou de substitution ; à défaut, passé un an, survivront les avantages individuels acquis, incorporés au contrat de travail. Or, selon la Cour de cassation, « la cession d'une entité économique autonome » entre dans les prévisions de ce texte¹¹. La notion d'entité économique ne renvoie, en vérité, à aucune figure juridique précise. Tout rassemblement de moyens en vue d'une activité déterminée est susceptible d'en relever¹², sous réserve de répondre à une exigence d'autonomie... laquelle suppose que ce rassemblement de moyens (et les hommes qui concourent à l'animer) pourrait être coupé de toute entreprise pour devenir à son tour une entreprise viable¹³, ce qui n'est pas le cas d'un simple marché de prestation de services¹⁴.

2. L'unité.

13. - L'unité de l'entreprise est parfois restaurée par le droit du travail en dépit des montages opérés par utilisation des techniques sociétaires (a). Mais c'est en s'appuyant sur ces mêmes montages qu'en d'autres circonstances il la fait émerger (b).

a) L'unité en dépit des montages sociétaires

14. - Le droit du travail n'hésite pas à neutraliser le droit des sociétés dès lors que les constructions édifiées avec son appui ne rendent pas compte de la réalité économique et

⁸ C. trav., art. L. 122-12, al. 2.

⁹ *CJCE* 18 mars 1986, aff. 24.85, *JOCE* n° C 121 du 21 mai 1986. *CJCE* 17 déc. 1987, aff. 287.86, *Juri-soc.*, 1988, F 13 ; *D.* 1989, somm. 165, 1^{ère} esp., obs. A. Jeammaud.

¹⁰ Cass. Ass. plén., 16 mars 1990, *D.* 1990, 305, 1^{re} et 2^{me} esp., note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1990, p. 411, concl. Dontenville, notes G. Couturier et X. Prétot.

¹¹ Cass. soc., 24 fév. 1993, *Dr. trav.* 1993, n° 4, p. 7, § 184.

¹² Cf. Cass. soc., 26 sept. 1990, *Cah. soc.* 1990, n° 24, p. 264 ; *JCP* 1991, *éd. E*, I, 25, p. 80, n° 7, obs. P.-H. Antonmattei, à propos d'un rayon équipé en vue de la vente au détail de produits de boucherie dans un supermarché.

¹³ Cf. Cass. soc., 16 oct. 1984, *Dr. soc.* 1985, p. 171, obs. H. Blaise, refusant d'assimiler la vente d'un camion à une cession d'entreprise, eu égard aux conditions d'utilisation du véhicule. CA Paris, 19 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, I, 188, refusant d'assimiler le service interne d'entretien des locaux d'une société à une entreprise. Cons. prud'h. Bolbec, 10 juill. 1985, *JCP* 1986, *éd. E*, I, 15146 p. 51, n° 1, obs. B. Teyssié, refusant d'assimiler le chantier de nettoyage résultant d'un contrat de prestation de services à une entreprise faute qu'il dispose d'autonomie et d'une structure propre.

¹⁴ Cass. Ass. plén. 16 mars 1990, *op. cit.* Cass. soc. 6 nov. 1991, *Dr. trav.*, 1991, n° 12, p. 12, § 528. - Rapp. *CJCE* 19 sept. 1995, aff. 48.94, *RJS* 1995, p. 753, n° 1190. Comp. *CJCE* 14 avril 1994, aff. 392.92, *Dr. soc.*, 1994, p. 936, obs. P. Pochet.

sociale. De cette neutralisation, le concept d'unité économique et sociale est l'outil majeur. Né pour l'application du droit de la représentation du personnel (a) mais déjà utilisé au-delà, il est porteur d'une dynamique de nature à bouleverser l'architecture des relations de travail (b).

a) Le champ du concept d'unité économique et sociale

15. - *Le concept d'unité économique et sociale dans le droit de la représentation du personnel.* – L'existence de seuils d'effectifs en deçà desquels l'élection de représentants élus du personnel et la désignation de délégués syndicaux ne sont pas prévues peut inciter le chef d'entreprise à constituer plusieurs sociétés juridiquement distinctes et à affecter à chacune d'entre elles un nombre de salariés n'excédant jamais le seuil qu'il entend ne pas dépasser. La fraude commise est brisée par référence à la notion d'unité économique et sociale. Bâtie par le juge ¹⁵, inscrite dans le code du travail à propos de l'élection du comité d'entreprise ¹⁶, elle autorise l'addition des effectifs des personnes morales qu'elle rassemble et la mise en place d'instances communes de représentation du personnel. Parfaitement justifiée lorsque l'écheveau organisé a la fraude pour raison d'être (tant il est vrai que la fraude corrompt tout), elle est exposée à la critique dans le cas contraire, le droit du travail privant partiellement d'effet des constructions régulièrement édifiées au regard du droit commercial. Telle est cependant la voie empruntée par la jurisprudence ¹⁷ mais aussi par le législateur lorsqu'il évoque, sans référence à quelque intention frauduleuse, la reconnaissance d'une unité économique et sociale par convention ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes ¹⁸. Au nom d'une vision plus juste de la réalité de l'entreprise, en est imposée une perception indifférente aux arabesques juridiques qu'autorise notamment le droit des sociétés. Mais, d'une part, l'utilisation de cette construction est subordonnée à des conditions précises qui ne font d'ailleurs pas l'objet d'appréciations toujours identiques selon le type d'institution en cause, avec ce résultat qu'une unité économique (qui ressort de la communauté d'intérêts et de direction) et sociale (qui implique l'existence d'une authentique communauté de travailleurs) peut être reconnue pour la constitution de l'une et refusée pour l'autre, chacune ayant sa finalité propre ¹⁹ ; d'autre part, l'objet de cette construction fut, dans un premier temps, limité à l'élection des représentants du personnel et à la nomination de délégués syndicaux. L'histoire, cependant, n'était pas terminée...

¹⁵ Cf. Cass. crim. 23 avril 1970, *D.* 1970, 444 ; *JCP* 1972, *éd. G*, II, 17046. Cass. soc. 8 juin 1972, *JCP* 1973, *éd. G*, II, 17316. Pour l'application de la notion d'unité économique et sociale à la nomination de délégués syndicaux, cf. Cass. soc. 14 fév. 1973, *Bull. civ.* V, n. 82. Cass. soc. 4 mars 1976, *Bull. civ.* V, n. 142. Cass. soc. 30 mai 1978, *JCP* 1978, *éd. CI*, I, 7287, p. 259, n. 17, obs. B. Teyssié et R. Descotte. Cass. soc. 3 juil. 1985, *Dr. soc.* 1986, p. 18, obs. J. Savatier.

¹⁶ Cf. C. trav., art. L. 431-1, al. 6, réd. L. n. 82-915 du 28 oct. 1982.

¹⁷ Cf. Cass. soc. 19 déc. 1972, *Bull. civ.* V, n° 710 et 711.

¹⁸ C. trav., art. L. 431-1, al. 6.

¹⁹ Cass. soc. 6 nov. 1985, *JCP* 1986, *éd. E*, I, 15578, p. 260, n. 11, obs. B. Teyssié. Cass. soc. 9 mai 1989, *Dr. trav.*, 1989, n. 7, p. 17. Cass. soc. 21 nov. 1990, *Dr. trav.*, 1990, n. 12, p. 18.

16. - *Le concept d'unité économique et sociale au delà du droit de la représentation du personnel.* - Bien qu'il ne soit pas formellement utilisé, le concept d'unité économique et sociale est présent dans le droit du licenciement pour motif économique. Lorsque la Cour de cassation décide que l'examen des possibilités de reclassement des salariés à l'occasion d'un projet de licenciement de ce type doit être conduit à l'intérieur du groupe auquel appartient son auteur « parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »²⁰, elle n'est pas loin de traiter le groupe ou une fraction de celui-ci comme une unité économique et sociale, donc comme une entreprise. Un déplacement du concept vers le droit de la négociation collective n'est pas davantage exclu. Il ne serait pas surprenant qu'il soit un jour décidé que l'obligation annuelle de négocier dans l'entreprise doit être mise en œuvre dans le cadre de l'unité économique et sociale dès lors que ce concept rend mieux compte de la réalité de l'entreprise, au sens de l'article L. 132-27 du code du travail, qu'une addition de sociétés constituées de manière plus ou moins artificielle²¹.

b) La dynamique du concept d'unité économique et sociale

17. - *Émergence d'un nouvel interlocuteur salarial.* - La référence à l'unité sociale participe de l'émergence et de la structuration de la collectivité des salariés (apte à être sujet et non point seulement objet d'opérations), voire des travailleurs de l'entreprise (incluant tous ceux qui y accomplissent un travail subordonné, qu'ils lui soient ou non unis par contrat de travail). Y concourent : 1) l'existence d'un statut collectif homogène (même si, en fonction de l'âge, du sexe, de la situation de famille, de la qualification professionnelle, la situation individuelle des salariés varie) forgé à coup de règles édictées par l'employeur à destination de tous (le règlement intérieur) ou par lui négociées avec les représentants de tous (les délégués syndicaux) et applicables à tous (les conventions et accords collectifs d'entreprise) ; 2) la présence d'instances de représentation du personnel aptes à exprimer au nom de la collectivité du personnel réclamations, vœux, avis, parfois à conclure en son nom un contrat collectif. La multiplication des situations dans lesquelles qualité est reconnue aux instances élues de représentation du personnel pour négocier un tel accord contribue à cette progressive affirmation de la collectivité des salariés : le législateur ne leur avait accordé qualité à cette fin qu'en quelques rares hypothèses²² ; la jurisprudence avait élargi le sillon, décidant que « si, dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer des accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat

²⁰ Cass. soc. 5 avr. 1995, *Dr. trav.* 1995, n° 5, p. 13, § 216, 2.

²¹ Pour une extension des effets attachés à la reconnaissance d'une unité économique et sociale, cf. également Cass. soc. 3 déc. 1987, *Dr. trav.* 1987, n. 12, p. 16, décidant que le détachement de salariés d'une entreprise à l'autre ne saurait se concilier avec la reconnaissance d'une telle unité entre les deux. *Adde*, Cass. soc. 24 avril 1980, *D.* 1981, 473, note J.-P. Karaquillo. Cass. soc. 5 mai 1983, *Juri-soc.* 1983, F. 79, pour l'application des dispositions de l'art. L. 122-14-4 du code du travail.

²² Cf. C. trav., art. L. 441-1, en matière d'intéressement ; C. trav., art. L. 442-10, en matière de participation.

représentatif »²³ ; prolongeant le propos, l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle envisage la conclusion d'accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux avec les instances élues de représentation du personnel²⁴.

18. - Il n'est pas exclu que, plus avant, la collectivité des salariés soit elle-même transformée en acteur social. Déjà perceptible lorsqu'est admise la conclusion d'accords collectifs par des salariés ordinaires²⁵, une telle évolution est manifeste lorsqu'est acceptée l'utilisation de la technique du référendum : le législateur consent à ce qu'il y soit parfois recouru en vue de donner naissance à un accord collectif, singulièrement en matière d'intéressement²⁶ et de participation²⁷ : la pratique en élargit le champ, qu'il s'agisse de frayer la voie à la conclusion d'un accord avec les syndicats ou de faire approuver par le personnel un accord déjà conclu mais dont il est important (eu égard notamment à son contenu, de nature à bouleverser bien des situations individuelles) qu'il reçoive l'onction du suffrage universel.

19. - À cette évolution, la reconnaissance de la personnalité morale à la collectivité du personnel donnerait un élan nouveau en lui permettant de conclure (sauf restrictions légales ou conventionnelles) tout contrat collectif liant l'ensemble des salariés par le canal de ses représentants élus, y compris en présence de délégués syndicaux. Lorsque certains de ses membres ont été chargés de la représenter, elle dispose d'une capacité d'expression collective suffisante, pour la défense de ses intérêts, pour que l'idée ne soit pas d'emblée écartée.

20. - *Émergence d'un nouvel interlocuteur patronal.* - Lorsque, au sein d'un groupe, la société mère ne se contente pas de fixer la politique économique de la filiale et de lui dicter ainsi, au moins indirectement, sa politique du personnel, mais donne directement des instructions aux salariés de la société subordonnée et leur impose de lui rendre compte de leur action, une incertitude jaillit pour la détermination de l'employeur. Les indications tirées des éléments habituellement utilisés pour le déterminer sont, en effet, partiellement contradictoires : celles empruntées à l'opération de recrutement, à la fourniture de la prestation de travail, peut-être au paiement de la rémunération, désignent la filiale ; celles fournies par l'exercice du rapport d'autorité renvoient également à la société mère. Les juges en tirent la conclusion que la qualité d'employeur doit être reconnue à l'une et à l'autre²⁸, permettant du même coup aux salariés de solliciter

²³ Cass. soc. 25 janv. 1995, *Dr. trav.* 1995, n° 3, p. 11, § 106.

²⁴ Cf. Accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 sur la politique contractuelle, art. 2-3. *Adde*, Projet de loi relatif à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire ainsi qu'au développement de la négociation collective, *Dr. ouvrier*, 1996, p. 190.

²⁵ Cf. Cass. soc. 25 janv. 1995, *op. cit.*

²⁶ C. trav., art. L. 441-1.

²⁷ C. trav., art. L. 442-10 s.

²⁸ Cass. soc. 13 mai 1969, *Dr. soc.*, 1969, p. 513, obs. J. Savatier. Rapp. Cass. soc. 10 avr. 1975, *Bull. civ.* V, n° 188. Cass. soc. 22 nov. 1979, *Dr. ouvrier*, 1980, p. 403, note M. Bonnechère. Comp. Cass. soc. 17 nov. 1966, *Dr. soc.*, 1967, p. 184, obs. J. Savatier. Cass.

paiement d'éventuelles indemnités (notamment en cas de licenciement) auprès de chacune.

21. - Ainsi encore, lorsqu'un salarié recruté par une société travaille en fait pour plusieurs en raison de la confusion de leurs activités (parfois aggravée par celle des locaux, l'utilisation indifférenciée du papier à en-tête de l'une ou de l'autre, la présence des mêmes personnes en qualité d'administrateur...) les juges n'hésitent pas à admettre qu'elles ont toutes la qualité d'employeur²⁹. Les frontières tracées par le droit des sociétés s'estompent. La réalité (économique, sociale...) triomphe. Le « groupe employeur », en filigrane, apparaît.

Un glissement vers ce dernier (qui peut conduire à reconnaître la personnalité morale au groupe)³⁰ est également perceptible lorsque la Cour de cassation impose à l'entreprise qui projette de procéder à un licenciement pour motif économique alors qu'elle appartient à un groupe, de rechercher les possibilités de reclassement de ses salariés à l'intérieur de ce dernier parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie de leur personnel³¹.

b) L'unité grâce aux montages sociétaires

22. - Dans le prolongement de pratiques se traduisant par l'adoption de « chartes » ou de « codes d'éthique » porteurs de règles valant pour l'ensemble des salariés d'un groupe de sociétés³², le droit du travail – national (a) mais aussi communautaire (b) – contribue à l'homogénéité de pareil ensemble lorsqu'il le traite à la manière d'une entreprise.

a) L'assimilation du groupe à l'entreprise par le droit national

23. - *Assimilation par l'institution.* - Que le droit du travail impose la constitution d'un comité de groupe dans les groupes de sociétés revient à traiter ces derniers à la manière d'une entreprise. L'idée d'imposer la présence d'un organe de représentation du personnel jouant dans les groupes une part du rôle reconnu au comité central dans les entreprises à établissements multiples a d'abord trouvé traduction par le jeu d'accords conclus entre les organes directeurs de certains groupes (ou des sociétés les composant) et les organisations syndicales représentatives. La loi du 28 octobre 1982³³ rendit la constitution d'un comité de groupe obligatoire dans le « groupe » – notion distincte de

soc. 25 juin 1975, *Bull. civ.* V, n° 354, décision qui s'attache à découvrir « l'employeur véritable ».

²⁹ Cass. soc. 24 mars 1969, *Dr. soc.* 1969, p. 513, obs. J. Savatier. Cass. soc. 3 mars 1988, *D.* 1988, somm. 317, obs. A. Lyon-Caen.

³⁰ Un groupe de sociétés n'est-il point, en bien des cas, un groupement doté d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ? Et la Cour de cassation n'a-t-elle pas rendu, le 15 novembre 1995, un arrêt dans une instance opposant un salarié à une unité économique et sociale sans que nul, semble-t-il, ne s'en émeuve ?

³¹ Cass. soc. 5 avril 1995, *Dr. trav.*, 1995, n° 5, p. 13, § 216, 2.

³² Sur ces normes, cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 240 et s.

³³ Cf. C. trav., art. L. 438-1 et s.

celle d'unité économique et sociale³⁴ – formé par une société dominante et, dans certaines conditions, ses filiales et sous-filiales. Il est appelé à recevoir des informations sur l'activité et la situation économique, financière et sociale du groupe, traité à la manière d'une entreprise.

24. - *Assimilation par le contrat.* - À l'assimilation du groupe à l'entreprise, l'accord collectif de groupe offre un puissant vecteur. La catégorie est connue du code du travail lorsqu'il admet, en matière de participation aux résultats, la conclusion d'accords intéressant tout ou partie des sociétés relevant d'un même ensemble, conclus ou bien entre le mandataire des sociétés concernées et le ou les salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, ou bien entre le mandataire des sociétés concernées et les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise intéressés, ou bien encore par ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord présenté par le mandataire des sociétés du groupe³⁵.

25. - Mais de l'accord de groupe, la pratique n'hésite pas à faire également usage en marge de la loi. Les accords conclus au sein de groupes de dimension communautaire pour la mise en place d'instances européennes de représentation du personnel le démontrent³⁶.

b) L'assimilation du groupe à l'entreprise par le droit communautaire

26. - De l'assimilation du groupe à l'entreprise, les dispositions de la directive du 22 septembre 1994 relative à l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs offrent une illustration supplémentaire, des règles identiques étant formulées pour la mise en place et le fonctionnement d'un comité d'entreprise européen dans l'entreprise et dans le groupe de dimension communautaire. Le propos se vérifie que cette instance soit mise en place par voie d'accord (d'anticipation, au sens de l'article 13 de la directive du 22 septembre 1994, ou d'application conclu par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe avec le groupe spécial de négociation) ou sur la seule base des dispositions subsidiaires de la directive et des textes assurant sa transposition dans le droit des États qui en sont destinataires.

³⁴ L'unité économique et sociale rassemble des personnes morales juridiquement distinctes mais si étroitement unies que doit être reconnue l'existence, pour l'élection d'un comité d'entreprise ou de délégués du personnel et la nomination de délégués syndicaux, d'une entreprise unique. Celle-ci donne lieu à l'élection d'un comité d'entreprise, voire d'un comité central d'entreprise, mais ne saurait servir de cadre, à notre sens, à l'élection d'un comité de groupe (Comp. Cass. soc. 9 mai 1989, *Dr. trav.*, 1989, n. 7, p. 17, décidant que « l'existence d'un comité de groupe n'est pas incompatible avec la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale, la finalité de ces institutions étant différente »).

³⁵ Cf. C. trav., art. L. 442-11.

³⁶ Sur ces accords, cf. B. Teyssié, *Les accords portant création anticipée d'instances européennes de représentation du personnel*, Litec, 1995. « Nature des accords portant création anticipée d'instances européennes de représentation du personnel », *JCP* 1996, éd. E, I, 526.

B. – *Le droit du travail impose une gestion rigide de l'entreprise*

27. - Des principes de protection (1) et de participation (2) appliqués aux salariés de l'entreprise naissent, à la charge du responsable de celle-ci, maintes obligations de faire ou de ne pas faire, source de contraintes dont la rigueur est soulignée par la présence (fréquente) de sanctions pénales (dont la pertinence n'est pas toujours avérée).

1. La rigidité induite par le principe de protection.

28. - Le droit du travail a tendance, au nom du principe de protection, à mettre le contrat individuel sous tutelle (légale, administrative ou conventionnelle) au risque d'altérer tant la liberté de conclure (a) que de rompre (b).

a) L'altération de la liberté de conclure

29. - Sous le visa de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel admet que l'employeur, « responsable de l'entreprise », doit pouvoir choisir ses collaborateurs³⁷. Sa liberté est double : recruter lorsqu'il le juge opportun ; recruter celui qui lui paraît mériter sa confiance. Mais subsistera-t-elle demain ? Certaines des mesures relatives à l'embauche des jeunes demandeurs d'emploi ne sont-elles pas de nature à la réduire ? Lorsque les plus hautes autorités de l'État menacent les entreprises d'une loi visant à les contraindre à procéder à des recrutements, il est permis de se demander si les pouvoirs publics n'envisagent pas de passer de l'incitation (*via*, notamment, des exonérations de charges) à l'obligation. À vrai dire, l'entreprise, déjà, a perdu la liberté à la fois de toujours conclure avec qui elle veut (a) et de donner au contrat qu'elle a décidé de passer la forme et le contenu qu'elle souhaite (b).

a) Le contractant

30. - Le champ des contractants virtuels avec lesquels la conclusion d'un contrat de travail a été rendue possible sans qu'il y ait lieu d'appliquer la procédure d'introduction en France de la main-d'œuvre étrangère a été élargi par le droit communautaire, *via* le principe de libre circulation des travailleurs. Mais en même temps se sont multipliées les présélections légales, en attendant un éventuel développement de procédures de codécision...

31. - *Présélection*. - Une présélection légale est parfois assurée par le jeu de priorités de réembauchage. De celles-ci, l'origine doit être souvent recherchée dans la loi, attentive, entre autres, au sort du travailleur libéré du service national³⁸, du salarié licencié pour motif économique ou signataire d'une convention de conversion³⁹, de celui qui, pour élever un enfant nouveau-né (ou adopté), a démissionné⁴⁰. Mais une priorité de

³⁷ Cons. const., déc. n° 88-244 D C, 20 juill. 1988, *RJ C* 334.

³⁸ C. trav., art. L. 122-19.

³⁹ C. trav., art. L. 321-14.

⁴⁰ C. trav., art. L. 122-28.

réembauchage a pu être également établie par une convention collective ou individuellement consentie par l'employeur à un salarié ou un groupe de salariés déterminé ⁴¹.

Quelle qu'en soit la source, sa méconnaissance expose l'employeur à un engagement de responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle selon le cas ⁴².

32. - *Codécision*. - La codécision au stade du recrutement est un phénomène encore exceptionnel. Le recrutement d'un médecin du travail par une entreprise désireuse (ou obligée) de constituer un service médical intégré en offre cependant illustration : il suppose l'accord du comité d'entreprise ; à défaut, une décision conforme de l'inspecteur du travail est nécessaire ⁴³. L'impératif médical expulse l'impératif libéral.

b) Le contrat

33. - De la liberté contractuelle le droit du travail réduit le champ. Prenant acte d'un déséquilibre qui transforme souvent la convention en un contrat d'adhésion, il impose certaines normes, qu'il s'agisse du choix du type d'accord ou de la détermination de son contenu.

34. - *Type de contrat*. - Entre autres contraintes, l'entreprise n'est pas libre de procéder en toutes circonstances à des recrutements pour une durée déterminée. Préparée par un accord national interprofessionnel du 24 mars 1990, la loi n° 90-513 du 12 juillet de la même année en circonscrit le domaine. Après avoir rappelé qu'il ne peut y être recouru que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, non en vue de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ⁴⁴, le législateur ne les autorise qu'en certains cas, à interpréter strictement eu égard à leur caractère exceptionnel et à respecter scrupuleusement sous peine de sanctions pénales ⁴⁵ et de requalification ⁴⁶ : absence temporaire d'un salarié de son poste de travail (que son contrat de travail soit ou non suspendu) ; accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ; occupation d'un emploi à caractère saisonnier ; existence d'un emploi vacant dans un secteur d'activité où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire des emplois offerts, etc. Placé sous la bannière du principe de protection (du travailleur), un tel dispositif peut être lourd d'effet pervers sur le seul terrain qui vaille : celui de l'emploi. À vouloir lutter contre toutes les formes de précarité, le risque est grand d'empêcher l'accès à toute activité.

⁴¹ Sur certaines des difficultés inhérentes à l'analyse des promesses formulées, cf. Cass. soc. 24 mai 1958, *JCP* 1958, *éd. G*, II, 10868, note J. Carbonnier.

⁴² Cass. soc. 3 nov. 1960, *Bull. civ.* IV, n° 961.

⁴³ C. trav., art. R. 241-31.

⁴⁴ C. trav., art. L. 122-1.

⁴⁵ Cf. C. trav., art. L. 152-1-4.

⁴⁶ Cf. C. trav., art. L. 122-3-13, al. 1. Les dispositions des articles L. 122-1 et suivants du code du travail ayant été édictées dans un souci de protection du salarié, ce dernier peut seul se prévaloir de leur inobservation (Cass. soc. 16 juill. 1987, *D.* 1988, somm. 97, obs. J.-M. Béraud ; *Dr. soc.*, 1989, p. 366, obs. G. Poulain). Sur l'éventuel exercice par une organisation syndicale de l'action née en faveur d'un salarié de la violation des dispositions légales relatives au contrat de travail à durée déterminée, cf. C. trav., art. L. 122-3-16.

35. - *Contenu du contrat.* - La conclusion d'un contrat de travail ne va point sans l'obligation de respecter de multiples prescriptions légales (intéressant le salaire, la durée du travail, les congés, etc) mais aussi (en bien des cas) conventionnelles : conventions et accords collectifs imposent leurs normes aux parties au contrat de travail, uniquement admises à s'en écarter dans un sens favorable au salarié. Leur effet obligatoire s'exerçant de manière immédiate et automatique, les clauses des contrats individuels (y compris en cours d'exécution) qui se révéleraient moins favorables sont remplacées de plein droit par les éléments correspondants du contrat collectif. Peu importe que le salarié soit membre de l'un des syndicats signataires de ce dernier.

36. - Le tout altère le jeu contractuel mais contribue à la construction d'une collectivité soumise à un statut homogène... ce qui en simplifie la gestion. Cette préoccupation peut d'ailleurs l'emporter sur le souci de protection : lorsqu'a été conclu un contrat collectif « dérogatoire », s'écartant de la norme légale dans un sens qui n'est pas nécessairement favorable aux salariés, il gouverne tous ceux qui relèvent de son champ d'application, qu'ils appartiennent ou non aux syndicats qui l'ont signé.

b) L'altération de la liberté de rompre

37. - La liberté reconnue à l'employeur par le Conseil constitutionnel de choisir ses collaborateurs implique celle de licencier les salariés que des motifs d'ordre personnel ou économique imposent d'écarter de l'entreprise. Le législateur ne peut cependant oublier qu'elle est un lieu où l'homme vient chercher non seulement un emploi autour duquel s'organisera sa vie sociale, qui l'ancrera dans la Cité, mais aussi les ressources nécessaires à son quotidien et à celui de sa famille. La volonté de le protéger le conduit à encadrer, parfois à effacer, la liberté de principe reconnue à son partenaire.

a) L'encadrement de la liberté

38. - L'encadrement de la liberté de rompre le contrat de travail peut se manifester sur deux terrains : le fond, par réduction du cercle des motifs de rupture légitime ; la forme, par aggravation de la procédure requise... jusqu'au jour où la difficulté de licencier devient telle que l'entreprise n'embauche plus. Trop protégé, l'emploi disparaît.

39. - *Rétrécissement du motif de rupture.* - L'existence d'une cause réelle et sérieuse de rupture dûment établie (faute de quoi l'employeur encourt les sanctions prévues en cas de licenciement abusif) tend à devenir un principe de valeur constitutionnelle. Appelé à apprécier l'introduction d'un nouvel alinéa à l'article L. 122-14-3 du code du travail précisant que « lorsqu'un doute subsiste, il profite au salarié », le Conseil constitutionnel a admis que ce texte n'était en rien contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi⁴⁷. Or le motif de rupture se rétrécit, que le licenciement soit envisagé pour des raisons d'ordre personnel ou économique.

Dans le premier cas, le rétrécissement tient parfois à une exclusion absolue. Ainsi l'article L. 122-45 du code du travail décide-t-il qu'aucun salarié ne peut être licencié,

⁴⁷ Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, *RJ C* 358.

sous peine de nullité de la rupture, en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses.

L'exclusion, en d'autres cas, n'est que relative, un motif de rupture n'étant banni que s'il ne s'accompagne pas de circonstances particulières : un licenciement en raison de l'état de santé ou du handicap n'est exclu qu'en l'absence d'inaptitude constatée par le médecin du travail ; seul l'exercice normal du droit de grève met obstacle au licenciement de celui qui a cessé son activité ; une faute lourde justifie, en revanche, la rupture du contrat de travail ⁴⁸.

Du motif économique de licenciement, la Cour de cassation réduit également le champ lorsqu'elle décide que l'examen des possibilités de reclassement des salariés doit être conduit à l'intérieur du groupe (si groupe il y a) parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ⁴⁹.

40. - *Alourdissement de la procédure de rupture*. - La procédure de rupture subit un alourdissement d'ordre quantitatif lorsqu'aux formalités déjà requises d'autres sont ajoutées que l'addition naît de la volonté du législateur (autorisant par exemple le salarié à se faire assister par un conseiller extérieur) ou de la volonté des partenaires sociaux (ajoutant par voie conventionnelle des contraintes à celles nées des codes).

L'alourdissement est d'ordre qualitatif lorsque les sanctions prévues en raison de la violation des dispositions encadrant la décision de rupture sont aggravées. Tel est le cas dans l'hypothèse où la méconnaissance de la règle de forme est assimilée à la violation, plus lourdement sanctionnée, d'une règle de fond. Ainsi, de ce qui n'aurait pu être qu'une norme à caractère probatoire – l'obligation d'énoncer le ou les motifs de rupture dans la lettre portant notification du licenciement ⁵⁰ – la jurisprudence a modifié la nature en décidant que le licenciement, si elle n'était point respectée, était « sans cause réelle et sérieuse » ⁵¹. Lapidaire, la formule adoptée ne réserve pas l'éventualité de la preuve contraire. Le dispositif est d'autant plus sévère que la Cour de cassation ne se satisfait pas de la seule indication d'un motif général de congédiement. Elle exige l'énonciation de motifs précis, assimilant l'imprécision à « une absence de motif » ⁵². De ce glissement de la forme vers le fond, un exemple supplémentaire est fourni lorsque de « l'absence de réponse de l'employeur à la demande du salarié l'invitant à lui préciser les critères relatifs à l'ordre des licenciements », est également tirée la conclusion que la rupture est dépourvue de cause réelle et sérieuse ⁵³.

L'aggravation de la sanction peut aussi résulter du recours à la technique de la nullité. Illustration : la procédure qui a conduit au licenciement pour motif économique (dans une entreprise employant au moins cinquante personnes) d'au moins dix salariés dans une période de trente jours, est nulle tant qu'un plan visant à leur reclassement et

⁴⁸ C. trav., art. L. 122-45 et L. 521-1, al. 1.

⁴⁹ Cass. soc. 5 avril 1995, *Dr. trav.* 1995 n° 5, p. 13, § 216, 2.

⁵⁰ C. trav., art. L. 122-14-2, al. 1.

⁵¹ Cass. soc. 29 nov. 1990, *Dr. soc.*, 1991, p. 103, obs. J. Savatier.

⁵² Cass. soc. 29 nov. 1990, *op. cit.*

⁵³ Cass. soc. 23 janv. 1996, *JCP* 1996, *éd. E*, II, 802, note G. Picca.

s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel ⁵⁴.

b) L'effacement de la liberté

41. - *Interdiction*. - Même si elle a toujours pour but de protéger un salarié, l'interdiction de licenciement peut avoir une connotation plus ou moins positive. Relève de la première catégorie puisqu'est en cause la protection des intérêts supérieurs de la Cité, *via* le déploiement d'une politique familiale aux multiples aspects, l'interdiction de procéder au licenciement d'une femme en état de grossesse ⁵⁵. Érigée par le Conseil d'État en principe général de droit du travail ⁵⁶, cette prohibition vaut dès l'instant où l'intéressée a informé l'employeur de son état, et ce jusqu'à l'expiration de la quatrième semaine suivant la fin de la période de suspension du contrat de travail à laquelle l'accouchement lui ouvre droit. À quelques réserves près, le licenciement prononcé est nul ⁵⁷, sauf à observer que la Cour de cassation interprète la nullité proclamée par l'article L. 122-25-2 du code du travail comme emportant simplement suspension des effets de la décision de rupture : ils s'exerceront au terme de la période de protection prévue à l'article L. 122-26, point de départ du délai-congé ⁵⁸. Il n'est donc pas nécessaire que l'employeur, une fois la femme dépouillée du statut protecteur particulier dont elle bénéficiait, réitère sa décision.

42. - Est à connotation moins positive puisque plane sur elle la volonté de sanctionner l'entreprise, l'interdiction de licencier le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Le contrat de travail (même si les parties en étaient encore au temps d'une éventuelle période d'essai) est suspendu pendant la durée de l'interruption d'activité prescrite par le médecin de l'intéressé, quelle qu'en soit l'ampleur ⁵⁹, alors même qu'elle affecterait profondément la vie de l'entreprise. Peu importe l'importance de l'ancienneté acquise par le salarié au moment de la survenance de l'événement qui va, pour quelque temps, l'éloigner de son poste. Cette situation se prolonge pendant la durée du délai d'attente et du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle qu'est appelé à suivre l'intéressé avant de retrouver un emploi dans l'entreprise ⁶⁰.

Le licenciement prononcé pendant la période de suspension ouverte par l'accident ou la maladie et alors que l'employeur connaissait la raison de l'absence du salarié ⁶¹, est entaché de nullité ⁶². Réputé n'avoir jamais été résilié, le contrat de travail demeure intact... au moins jusqu'au terme de la phase de suspension. La liberté de rompre est temporairement effacée.

⁵⁴ C. trav., art. L. 321-4-1, al. 2.

⁵⁵ C. trav., art. L. 122-25-2.

⁵⁶ CE, 8 juin 1973, *JCP* 1975, *éd. G*, II, 17957, note Y. Saint-Jours.

⁵⁷ C. trav., art. L. 122-25-2 et L. 122-30.

⁵⁸ Cass. soc. 12 mars 1991, *Cah. soc.* 1991, A 27. Cass. soc. 10 nov. 1993, *Cah. soc.* 1994, A 3.

⁵⁹ C. trav., art. L. 122-32-1, al. 1.

⁶⁰ C. trav., art. L. 122-32-1, al. 1.

⁶¹ Cf. Cass. soc. 3 avril 1990, *Cah. soc.* 1990, A 30.

⁶² C. trav., art. L. 122-32-2, al. 3.

43. - *Codécision*. - Le contrat de travail est toujours sous contrôle administratif eu égard au champ des missions confiées aux *inspecteurs du travail*, chargés notamment « de veiller à l'application des dispositions du code du travail et des lois et règlements non codifiés relatifs aux régimes du travail, ainsi qu'à celles des conventions et accords collectifs du travail... »⁶³. Mais il arrive aussi que le simple contrôle cède la place à la tutelle, une autorisation étant requise préalablement à un licenciement, une mise à la retraite, une résiliation conventionnelle. En dépit de l'atteinte portée au jeu contractuel, le Conseil constitutionnel admet que ces prescriptions (dont bénéficient notamment les représentants élus du personnel et les délégués syndicaux) « ne sauraient être regardées comme portant atteinte aux droits et libertés de l'employeur, dans la mesure où ce dernier a la faculté de contester devant le juge de l'excès de pouvoir la décision par laquelle l'autorité compétente refuse l'autorisation de procéder au licenciement »⁶⁴.

Cette mise sous tutelle administrative trouve sa meilleure justification dans le souci d'assurer la protection d'une collectivité qu'il importe de ne pas priver à la légère de ses représentants, exposés plus que d'autres à des mesures d'éloignement. Cette préoccupation éclaire la nécessité dans laquelle se trouve l'inspecteur du travail saisi d'une demande d'autorisation de vérifier l'absence de motifs d'intérêt général justifiant le maintien du salarié dans l'entreprise⁶⁵.

44. - Plus rare est la codécision de l'employeur et du *comité d'entreprise*. Relève de ce processus le licenciement du médecin du travail (lequel, à défaut de l'accord du comité d'entreprise, suppose une décision conforme de l'inspecteur du travail)⁶⁶. Si ce surcroît de protection n'est pas, dans ce cas, dépourvu de justifications, il emporte, dans la gestion du contrat de travail, un surcroît de rigidité dont le principe ne saurait être aisément admis.

2. La rigidité induite par le principe de participation.

45. - Si la participation des salariés aux résultats ou au capital de l'entreprise n'est pas source de rigidités particulières (à quelques réserves près), il en va différemment de leur participation à la gestion de l'entité à laquelle ils sont attachés. En naissent des obligations d'information, de consultation et de négociation facteur de contraintes. Celles-ci, déjà, peuvent jaillir de trop nombreuses obligations d'information, d'une gestion complexe et parfois périlleuse (singulièrement lorsque l'information présente un caractère confidentiel). Mais les plus rigoureuses sont liées aux impératifs de consultation (notamment des représentants du personnel) (a) et de négociation (en particulier avec les représentants des syndicats) (b).

⁶³ C. trav., art. L. 611-1, al. 1.

⁶⁴ Cons. const., déc. n° 90-284 D C, 16 janv. 1991, *RJ C* 422.

⁶⁵ Cf. CE, 5 mai 1976, *D.* 1976, 563, note H. Sinay ; *JCP* 1976, éd. G, II, 18429, note J.-P. Machelon.

⁶⁶ C. trav., art. R. 241-31.

a) Les obligations de consultation

46. - L'obligation de consulter le comité d'entreprise, dans l'ordre économique, sur l'ensemble des questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ⁶⁷, est source, en soi, de rigidités... parfois accrues par la multiplicité des instances de représentation du personnel (a) et la survenance d'incidents (b).

a) Multiplicité des instances

47. - *Pluralité d'instances complémentaires.* - Une difficulté peut naître de la pluralité d'instances complémentaires de représentation du personnel. Le duo formé par le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en offre illustration. La compétence générale du premier n'étant pas affectée par les compétences particulières du second, se pose le problème de l'ordre des consultations. Décider que doit être d'abord sollicité l'avis de l'instance spécialisée (qui nourrira ultérieurement la réflexion, appelée à intégrer d'autres données, de l'instance à compétence générale) est aisé. Mettre en pratique le propos révèle bien des surprises...

48. - *Pluralité d'instances similaires.* - Lorsque cohabitent des comités d'établissement et un comité central d'entreprise la détermination de l'instance qu'il convient de consulter peut se révéler malaisée, même s'il est de principe qu'en toute autre matière que la gestion des activités sociales et culturelles (qui leur est normalement dévolue) les premiers « ont les mêmes attributions que les comités d'entreprise dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements » ⁶⁸. Il n'est point rare que les projets débattus appellent une double intervention des responsables des établissements où ils ont vocation à être mis en œuvre et du chef d'entreprise. Il convient alors de consulter à la fois les comités locaux et le comité central d'entreprise. Mais dans quel ordre ces opérations doivent-elles être menées ? Leur articulation est suffisamment délicate pour avoir suscité, lorsqu'est projeté un licenciement pour motif économique, une intervention du législateur ⁶⁹. L'espoir d'éviter des incidents est sous-jacent ; il est souvent déçu.

b) Survenance d'incidents

49. - *Difficulté à obtenir la tenue de la réunion sur l'ordre du jour souhaité.* - L'ordre du jour des réunions du comité d'entreprise devant être arrêté par le chef d'entreprise et le secrétaire du comité ⁷⁰, le refus de ce dernier d'accepter l'inscription d'une question crée une situation de blocage... qui peut rendre nécessaire la saisine du Président du tribunal de grande instance en référé, sans que la vélocité de celui-ci soit toujours à la hauteur de l'urgence réelle du problème à traiter.

50. - *Difficulté à obtenir un avis rapide sur le point souhaité.* - Lorsque le comité d'entreprise use de la faculté (qui lui est parfois reconnue) de recourir aux services d'un expert rémunéré par l'entreprise, cette intervention extérieure est de nature à ralentir le

⁶⁷ C. trav., art. L. 432-1.

⁶⁸ C. trav., art. L. 435-2, al. 3. *Adde*, C. trav., art. L. 435-3, al. 1.

⁶⁹ C. trav., art. L. 321-2, al. 2.

⁷⁰ C. trav., art. L. 434-3, al. 2.

cours de l'opération sur laquelle son avis est sollicité. Ainsi en est-il en matière de licenciement collectif pour motif économique : le nombre de réunions qu'il est appelé à tenir sur le projet de licenciement passe automatiquement de deux à trois ⁷¹. Les délais nécessaires à l'obtention d'un avis sont allongés d'autant ⁷². Et pendant ce temps, la situation de l'entreprise a toutes chances de continuer à se dégrader...

b) Les obligations de négociation

51. - L'essor du contrat collectif marque, du moins en France, le droit contemporain du travail. Vecteur de contrats, la négociation collective est l'expression d'un droit. Inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946, affirmé par la convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail, souligné par la Charte sociale européenne, rappelé par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, il contribue à la construction de règles qui, parce que négociées, sont mieux adaptées à la réalité technique, économique, sociale qu'elles ont vocation à gouverner et, généralement, mieux acceptées... même s'il n'est pas exclu que l'accord conclu par un syndicat suscite des résistances de la part des salariés.

La négociation collective peut aussi contribuer au renforcement d'une identité sociale, voire à la création d'une culture d'entreprise ou de groupe. Nombre des accords portant création anticipée d'instances européennes de représentation du personnel ou porteurs de formules d'intéressement participent de cette ambition.

Reste que des rigidités peuvent naître de la négociation des contrats collectifs (a) ou des contrats négociés (b).

a) Les rigidités nées de la négociation des contrats collectifs

52. - *Rigidité née de la nécessité du processus de négociation.* - L'obligation de négociation est loin d'être exceptionnelle. Sa présence est parfois directement imposée par le législateur. L'obligation annuelle de négocier dans les entreprises dotées de délégués syndicaux en offre illustration. Or il n'est pas exclu que le caractère obligatoire de l'ouverture d'une négociation à un moment donné, sur un thème déterminé, alors même qu'il est manifeste qu'à ce moment et sur ce thème, il n'est aucune place pour une quelconque négociation, se révèle trop rigide. Le propos vaut aussi (quoique à un moindre degré) lorsque le législateur crée, indirectement, des obligations de négocier en subordonnant certaines mesures (modulation du temps de travail, par exemple) à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif.

53. - La rigidité est accrue lorsque l'obligation de négocier se conjugue avec la désignation autoritaire d'un interlocuteur : le ou les syndicats représentatifs dans l'entreprise ou la branche concernée. Cette contrainte, toutefois, s'estompe au fur et à mesure que

⁷¹ C. trav., art. L. 321-7-1.

⁷² La difficulté est aggravée s'il est jugé que l'employeur n'a pas immédiatement remis à l'expert les documents auxquels il pouvait prétendre et que le délai légal pour la tenue de la réunion du comité d'entreprise suivant la désignation de l'expert « ne peut commencer à courir qu'à partir du moment où le chef d'entreprise a lui-même livré les documents invoqués à l'appui des mesures envisagées » (TGI Paris, réf., 2 fév. 1990, *Action juridique*, 1990, n° 84, p. 17).

s'affaiblit ce monopole syndical, que ce soit par l'effet de la loi, de la jurisprudence ou de la volonté des partenaires sociaux ⁷³.

54. - *Rigidité née de la paralysie du pouvoir de direction.* – L'engagement de la négociation annuelle obligatoire a pour résultat d'interdire à l'employeur de prendre des décisions unilatérales intéressant la collectivité des salariés sur les thèmes soumis à discussion ⁷⁴... à moins que l'urgence (appréciée par le chef d'entreprise, sous réserve de contrôles judiciaires ultérieurs) n'impose une décision immédiate ⁷⁵. Et si les discussions ouvertes au titre de cette obligation de négocier se terminent sur un constat de désaccord, les mentions du procès-verbal relatives aux mesures que l'employeur entend désormais appliquer unilatéralement le lient ⁷⁶. À un pouvoir de direction aux contours traditionnels, il n'est pas sûr que place soit réellement laissée.

b) Les rigidités nées des contrats collectifs négociés

55. - La négociation collective peut constituer pour les syndicats le moyen de provoquer un alignement de la situation d'un groupe de salariés sur celle d'un autre groupe bénéficiant d'un traitement plus favorable. Si les comités d'entreprise européens constitués dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire obtiennent un jour le droit de conclure des contrats collectifs valant pour l'ensemble de l'entité au sein de laquelle ils ont été mis en place, un tel phénomène pourra vraisemblablement être observé, singulièrement en matière de salaire. Les rigidités susceptibles d'en résulter ne sont pas toujours, d'emblée, exactement mesurées.

56. - L'accord collectif est parfois facteur de charges dont le poids se révèle plus important que les employeurs concernés ne l'avaient imaginé. Cette situation peut tenir à une imparfaite appréciation de données économiques. Les avantages inscrits dans un contrat collectif (primes, jours de repos...) sont l'écho d'une situation économique et financière. Qu'elle se dégrade et l'entreprise désirera y mettre fin... mais n'y parviendra pas nécessairement en raison de l'obligation légale de maintenir les avantages individuels acquis par les salariés en application des conventions et accords collectifs dénoncés ⁷⁷. L'aléa juridique ne doit pas non plus être sous-estimé. Que la Cour de cassation impose le versement aux pères de famille remplissant les conditions prévues, d'une prime de crèche d'abord créée par voie conventionnelle au seul profit des mères ⁷⁸ bouleverse l'équilibre de l'accord qui l'avait instituée.

⁷³ Cf. *supra*, n° 17.

⁷⁴ C. trav., art. L. 132-29, al. 1.

⁷⁵ C. trav., art. L. 132-29, al. 1, *in fine*.

⁷⁶ C. trav., art. L. 132-29, al. 2.

⁷⁷ C. trav., art. L. 132-8, al. 6.

⁷⁸ Cass. soc. 27 fév. 1991, *RJS* 1991, p. 227 et 246, concl. G. Picca.

II. — LE DROIT DU TRAVAIL, DROIT CONQUIS

57. - Après avoir été d'abord un « droit du salarié » (les normes formulées l'étant surtout en vue de contribuer à l'accroissement de sa protection ou à l'amélioration de sa participation à la gestion, aux résultats ou au capital de l'entreprise), le droit du travail français tend à devenir aujourd'hui un « droit de l'entreprise » prenant en compte, sans renier ses préoccupations premières (et même en leur donnant de nouvelles applications), les préoccupations et exigences de celle-ci qu'elles intéressent ses modes de gestion (A) ou d'organisation (B). Il est vrai que l'entreprise dispose de moyens de pression qui lui permettent d'obtenir satisfaction de ses revendications, singulièrement dans un pays où les chômeurs se comptent par millions : la menace de procéder à des suppressions massives d'emplois par accélération des processus d'automatisation ou de délocalisation vers des pays qui, naguère, n'étaient pas accessibles à l'entreprise capitaliste ou n'étaient pas encore dotés de la main-d'œuvre qualifiée dont ils disposent désormais, ne saurait être prise à la légère. Sans compter qu'en un temps où disparaissent peu à peu les formes d'activité industrielle utilisatrices d'un nombre élevé de travailleurs, une entreprise peut fonctionner sans salarié (en recourant, pour les tâches qui ne sont pas accomplies par des automates, à des sous-traitants, des intérimaires, des mandataires...) alors qu'un salarié sans entreprise n'est guère concevable.

A. — *L'entreprise impose ses normes de gestion*

58. - La technique de l'élaboration de la norme (1) est indissociable de son contenu (2). Qu'elle soit, au moins pour une part, élaborée par l'entreprise permet d'espérer qu'elle sera adaptée à ses besoins.

1. Des normes élaborées par l'entreprise.

59. - Soucieuses d'éviter que les normes qui les gouvernent soient exclusivement édictées par un législateur ignorant à peu près tout des réalités auxquelles elles sont confrontées, les entreprises préfèrent, si le soin ne leur est pas laissé de les édicter (a), être du moins en droit de les négocier (b).

a) La norme édictée par l'employeur

60. - L'employeur forge la règle lorsqu'il élabore le règlement intérieur. Bien qu'il n'en ait pas toujours nettement conscience, il en va de même lorsqu'il donne vie à un usage.

61. - *Règlement intérieur.* — L'élaboration du règlement intérieur relève de l'employeur⁷⁹. À lui de fixer, dans les limites tracées par le législateur, le contenu de ce document... même si le caractère unilatéral de son élaboration est atténué par la

⁷⁹ Cf. C. trav., art. L. 122-34, al. 1.

nécessité de soumettre le projet établi à l'avis des représentants du personnel⁸⁰ et l'obligation de communiquer le texte du document finalement adopté à l'inspecteur du travail⁸¹, habilité à exiger le retrait des dispositions qu'il estimerait illégales. L'employeur, pour l'essentiel, continue à façonner la règle.

62. - *Usage*. - Résultat d'une élaboration spontanée de la règle de droit par les milieux professionnels, les usages jouent un rôle important dans les relations de travail. Il arrive que le législateur y fasse référence⁸² ou, mieux encore, qu'ils soient intégrés dans le texte d'une loi ou d'une convention collective. D'ampleur et de contenu variables, ils peuvent concerner l'ensemble d'une profession, voire plusieurs, au niveau national, régional ou local. Ils peuvent également être propres à une entreprise ou à un fragment de celle-ci : un établissement, un atelier⁸³. D'une extrême diversité, ils sont susceptibles d'intéresser chacun des aspects des relations de travail. Mais chaque fois leur formation suppose le consentement du ou des employeurs concernés. Ne naissent-ils pas d'une pratique suivie dans une entreprise, une profession ou une région au profit d'une ou plusieurs catégories de salariés ? La constance (qui a pour sœur la fixité, par exemple dans le mode de calcul d'une prime) et la généralité (tous les salariés ou une certaine catégorie d'entre eux étant concernés) ne supposent-elles l'accord, au moins tacite, des responsables de l'entreprise où se forme l'usage ? Leur attitude ne contribue-t-elle à nourrir puissamment l'*opinio necessitatis* au point que cet élément fait défaut lorsque l'employeur a, pendant plusieurs années, accordé des congés exceptionnels en soulignant chaque fois qu'ils « pourraient être rapportés en tout ou partie selon les nécessités du service » ?⁸⁴.

b) La norme négociée par l'employeur

63. - Le droit du travail est un lieu d'affrontement de la loi et du contrat. Le choc est de faible ampleur dans les pays où la place de la loi, dans le champ des relations de travail, est traditionnellement faible⁸⁵. Il est plus fort dans les autres, dont relève la France, même si, depuis une quinzaine d'années, la situation s'est sensiblement modifiée, la loi naissant parfois du contrat collectif (sous la tutelle duquel elle se trouve) (a) et la norme légale pouvant, dans quelques cas, être écartée par voie conventionnelle sans que cette dérogation ait nécessairement à s'exercer dans un sens favorable aux salariés (b).

⁸⁰ C. trav., art. L. 122-36, al. 1. Sur la nullité du règlement intérieur adopté sans qu'ait été respecté le processus de consultation prévu, cf. Cass. soc. 4 juin 1969, *Dr. soc.* 1969, p. 515, obs. J. Savatier.

⁸¹ C. trav., art. L. 122-36, al. 3.

⁸² Cf. C. trav., art. L. 122-5, en matière de délai-congé.

⁸³ De multiples combinaisons sont concevables, l'usage d'entreprise complétant, par exemple, l'usage professionnel.

⁸⁴ Cass. soc. 7 mars 1990, *Cah. soc.* 1990, A 25.

⁸⁵ Mais il peut y avoir place pour d'autres affrontements opposant le contrat collectif forgé par les partenaires sociaux et l'accord individuel négocié par l'employeur avec chacun de ses salariés, ou des contrats collectifs de niveau différent, notamment de branche et d'entreprise.

a) La norme négociée façonne la loi

64. - Le législateur peut se borner à formuler les principes essentiels autour desquels il veut que s'ordonne le droit du travail, laissant pour le surplus aux partenaires sociaux le soin de fixer, par voie d'accord, les dispositions appelées à régir des relations qu'ils connaissent mieux que quiconque. Fortement enracinée dans les pays de tradition contractuelle, l'idée s'est moins aisément épanouie dans ceux comme la France où l'intervention de la puissance publique est plus systématique. Elle avait cependant été développée sur les bords de la Seine dans les années 1930 : les règles gouvernant les relations de travail doivent être déterminées par accord direct des intéressés, l'État n'entrant dans le jeu qu'en un second temps afin de traduire en lois les aspirations auparavant définies. À la thèse exprimée, consécration sera donnée lorsque (entre autres illustrations), du protocole du 17 juillet 1981 naîtra l'ordonnance du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail, de l'accord du 24 mars 1990 jaillira la loi du 12 juillet de la même année relative au régime du contrat précaire. La loi est bâtie par référence au contrat et se nourrit de lui.

b) La norme négociée évince la loi

65. - Au nom de l'intérêt de l'entreprise, le législateur français en est venu à admettre, depuis le début des années 1980, dominées par le thème de la flexibilité, la conclusion d'accords (collectifs surtout, individuels parfois) dérogeant à la norme légale sans qu'il soit nécessaire que cette dérogation s'exerce dans un sens favorable au salarié.

66. - *Éviction de la loi par le contrat collectif.* - La loi formule une règle générale et abstraite... qui a toutes chances de se révéler inadaptée en bien des circonstances. Or, « il est impossible d'améliorer la flexibilité interne des entreprises et l'organisation du travail sans tenir compte de la situation particulière de chaque secteur d'activité et de chaque entreprise »⁸⁶. À la norme légale, il est nécessaire que des dérogations puissent être apportées par voie conventionnelle, peu important qu'elles s'exercent ou non dans un sens immédiatement favorable aux salariés. L'accord de branche peut en constituer le vecteur. Rien n'exclut toutefois qu'il se révèle lui-même inadapté à la situation particulière des entreprises qu'il a vocation à régir. Ouvrir la voie à des aménagements opérés par accord d'entreprise peut être opportun.

67. - Par dérogation au principe selon lequel « la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-neuf heures par semaine »⁸⁷, le législateur français admet la conclusion d'accords de modulation assurant la variation de la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de l'année. S'ils peuvent naître d'accords de branche (étendus), d'entreprise ou d'établissement⁸⁸, seuls les premiers ont la capacité d'exclure l'application de certaines normes légales⁸⁹.

⁸⁶ G. Bosch, Rapport du groupe d'experts « Flexibilité et aménagement du temps de travail », *Europe sociale*, 1995, n. 1, suppl., p. 35, n. 42, point 6.

⁸⁷ C. trav., art. L. 212-1.

⁸⁸ C. trav., art. L. 212-8.

⁸⁹ C. trav., art. L. 212-8-II, al. 1, *in fine*.

De même, l'organisation de la durée du travail sous la forme de cycles suppose (si l'entreprise n'a pas été réglementairement autorisée à y recourir ou ne fonctionne pas en continu) que le recours à cette technique ait été prévu par un accord de branche étendu⁹⁰. Une double garantie est offerte au salarié : 1) ce type d'accord est généralement négocié par des organisations plus puissantes et des syndicalistes plus aguerris que les accords d'entreprise ; est ainsi satisfaite la préoccupation, fréquente dès lors que sont privilégiés « le dialogue social et les solutions négociées », de « garantir l'égalité des partenaires sociaux à tous les niveaux »⁹¹ ; 2) l'extension requise apporte la certitude qu'un contrôle (de légalité mais aussi d'opportunité) a été exercé par les services du ministère du travail.

68. - L'idée que dérogation puisse être apportée à des normes légales par le jeu d'accords d'entreprise a suscité bien des réserves, au risque d'un éclatement excessif du paysage social s'ajoutant celui d'accords déséquilibrés signés par des syndicats trop faibles pour résister aux pressions de l'employeur. Il faut attendre les années 1980 pour que le législateur français les surmonte et admette qu'aux dispositions légales relatives au temps de travail il soit dérogé par accord d'entreprise ou d'établissement. Un droit d'opposition est certes offert aux syndicats non signataires⁹², mais il est enfermé dans des conditions assez strictes⁹³ afin d'éviter qu'il ne soit mis trop systématiquement obstacle à l'éclosion de la technique de la dérogation.

69. - Tout contrat collectif n'étant point, de surcroît – lorsqu'il s'agit d'une convention de branche –, nécessairement adapté à la situation particulière des entreprises auxquelles il a vocation à s'appliquer, il importe qu'il puisse supporter dérogation par le jeu d'accords conclus à ce niveau. Ainsi le législateur a-t-il reconnu aux parties à un accord d'entreprise ou d'établissement le droit d'y insérer des clauses salariales prévoyant « des modalités particulières d'application, des majorations de salaires, décidées par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise »⁹⁴... avec le risque d'un affaiblissement de l'autorité de la « norme supérieure » (dont les stipulations seront remises en cause à un degré inférieur de négociation) et celui de mouvements sociaux nés de l'amertume de salariés privés, en vertu de l'accord d'entreprise, des avantages que le pacte conclu au niveau supérieur leur avait laissé espéré.

70. - *Éviction de la loi par le contrat individuel.* - Laisser au principe de liberté contractuelle un vaste domaine semble à beaucoup difficile dans le champ des relations individuelles de travail tant paraît grand le risque que s'établissent des relations déséquilibrées au détriment du salarié. Cette voie a cependant été empruntée par la loi n° 93.1313 du 20 décembre 1993. Elle admet qu'il soit procédé à l'annualisation du temps de travail sur la seule base des stipulations du contrat individuel⁹⁵. Même si

⁹⁰ C. trav., art. L. 212-5, al. 7.

⁹¹ G. Bosch, *op. cit.*, p. 35, n. 42, point 3.

⁹² Cf. C. trav., art. L. 212-8-III.

⁹³ Cf. C. trav., art. L. 132-26.

⁹⁴ C. trav., art. L. 132-24.

⁹⁵ C. trav., art. L. 212-2-1, al. 6.

l'exercice de cette faculté est subordonné à des conditions très strictes, la portée symbolique de l'ouverture opérée vers le jeu contractuel est importante.

2. Des normes adaptées à l'entreprise.

71. - Souplesse, flexibilité, diversification : l'entreprise veut pouvoir recourir à divers types de travailleurs (a) et faire varier, en fonction de ses besoins, l'intensité de leur travail (b).

a) La diversification des travailleurs

72. - Sachant que recruter et gérer un salarié est source de rigidités, l'entreprise éprouve parfois la tentation de recourir aux services de personnes auxquelles nul contrat de travail ne la liera : salariés d'autrui dont elle obtiendra le concours dans le cadre de relations multipolaires (a) ou non salariés (b).

a) Relations multipolaires

73. - Travail temporaire, groupements d'employeurs, associations intermédiaires... Les techniques ne manquent pas qui permettent à l'entreprise, dans un cadre précis, de bénéficier du concours de salariés qui ne lui sont point liés par contrat de travail. Mais il lui arrive aussi de recourir à des formules plus floues : prêt de main-d'œuvre, fourniture ou mise à disposition de personnel... Le risque que se développent alors des pratiques préjudiciables aux salariés n'est pas mince... et justifie l'interdiction de toute opération à but lucratif qui aurait pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre⁹⁶. Ne sont régulières que les conventions qui ont pour objet exclusif un prêt de main-d'œuvre sans but lucratif et les opérations à but lucratif qui n'ont pas ce prêt pour objet exclusif⁹⁷.

74. - Seules, de surcroît, étant visées les opérations de prêt de main-d'œuvre, est licite la conclusion d'un contrat d'entreprise en vue de l'exécution d'une tâche déterminée au profit du maître de l'ouvrage. L'intervention sur un chantier de salariés de l'entrepreneur ne constitue pas un prêt de main-d'œuvre... sous réserve de vérifier qu'une telle opération ne se cache pas derrière le masque du contrat d'entreprise⁹⁸.

Variante du dispositif précédent, une entreprise peut être tentée de confier certaines tâches à des sous-traitants étrangers qui viendront les exécuter en France avec leurs propres salariés. Un tel montage suscite un lot de questions, singulièrement lorsque le sous-traitant relève d'un État membre de l'Union européenne. Qu'il soit l'objet principal de l'opération ou n'en constitue qu'une pièce, le déplacement de salariés d'un État à

⁹⁶ C. trav., art. L. 125-3, al. 1.

⁹⁷ Encore faut-il que ce prêt de main-d'œuvre n'ait pas pour effet de causer un préjudice au salarié qu'il concerne et ne mette pas obstacle à l'application de quelque norme légale, réglementaire ou conventionnelle : le prêt ne doit pas être l'instrument d'une fraude (C. trav., art. L. 125-1).

⁹⁸ Cass. crim. 15 fév. 1983, *Juri-soc.*, 1983, F 62 ; *JCP* 84, éd. E, II, 14244, note J.-F. Montredon. Cass. crim. 26 mai 1988, *JCP* 89, éd. E, II, 15447, p. 178, n° 24, obs. O. Godard.

l'autre de la Communauté, sur décision de leur employeur, dans le cadre de leur emploi, relève de la libre prestation de services ; toute disposition de nature à y mettre directement ou indirectement obstacle doit être, en principe, réputée non écrite. Bien que le contrat de travail du salarié mis à disposition demeure normalement soumis à la législation du pays d'origine⁹⁹, « des raisons d'intérêt général tenant à la protection... des travailleurs » autorisent les États membres de la Communauté à imposer à l'entreprise qui accomplit une prestation s'accompagnant d'une mise à disposition de travailleurs ou consistant essentiellement ou uniquement en une opération de ce type, le respect d'éléments de la réglementation du pays d'accueil¹⁰⁰.

Dans la ligne ainsi tracée, la France s'est attachée à assurer, sur des points essentiels, aux salariés communautaires mis à disposition sur son sol un traitement similaire à celui accordé aux Français (à supposer qu'en résulte, pour les premiers, un avantage) et, par là-même, à réduire les distorsions de concurrence qui pourraient résulter de trop importantes différences de traitement (donc de charges pour les entreprises) : « sous réserve des traités et accords internationaux, lorsqu'une entreprise non établie en France effectue sur le territoire national une prestation de services, les salariés qu'elle détache temporairement pour l'accomplissement de cette prestation sont soumis aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche, établies en France, en matière de sécurité sociale, de régimes complémentaires interprofessionnels ou professionnels relevant du titre III du livre VII du code de la sécurité sociale, de rémunération, de durée du travail et de conditions de travail, dans les limites et selon des modalités déterminées par décret »¹⁰¹. Appuyé sur les réserves apportées par la Cour de justice au principe du rattachement du travailleur communautaire déplacé, muté ou détaché à la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail ou de l'établissement qui l'a embauché, ce texte anticipe sur les dispositions de la directive relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

b) Relations bipolaires

75. - La loi n° 94-126 du 11 février 1994 a posé le principe qu'une personne physique immatriculée au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès d'une URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales est présumée ne pas être liée par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité qui donne lieu à cette immatriculation¹⁰². Placée, au nom

⁹⁹ Les dispositions de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dictent cette solution : à défaut de loi choisie par les parties, le contrat de travail est régi par celle du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays. Et à supposer qu'il n'accomplisse pas habituellement son travail dans un même pays, son contrat est régi par la loi du pays où se trouve l'établissement qui l'a embauché, « à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable » (Conv. 19 juin 1980, art. 6).

¹⁰⁰ *CJCE* 3 févr. 1982, aff. 62 et 63.81, *Juri-soc.* 1982, F 38 ; *RTD eur.* 1982, 196. *Adde, CJCE* 27 mars 1990, aff. 113-89, *RTD eur.* 1990, 632, note P. Rodière.

¹⁰¹ C. trav., art. L. 341-5, réd. L. n° 93.1313 du 20 déc. 1993.

¹⁰² C. trav., art. L. 120-3, réd. L. n° 94.126 du 11 fév. 1994.

du respect qu'appelle la volonté des parties, sous le signe de la lutte contre les requalifications abusives, la règle formulée entend restituer aux contrats d'entreprise, de mandat, de distribution... des terres dont ils avaient été chassés.

Mais du contrat conclu, nulle qualification n'est identifiée de manière positive. À l'interprète de rechercher l'intention des parties et, à travers elle, la nature de leur accord : entreprise, mandat, société... ou autre. Aucune voie n'est fermée... même pas celle d'un retour au contrat de travail si la preuve est administrée que la prestation due est fournie dans des conditions qui placent le « travailleur » sous la subordination juridique permanente du « donneur d'ouvrage ». Brise en effet la présomption d'absence de contrat de travail la démonstration qu'est fournie au donneur d'ouvrage une prestation de travail (dont peu importe la nature), directement ou par personne interposée (société écran...), dans des conditions créatrices d'un lien de subordination juridique à caractère permanent. Fidèle à l'esprit de certains arrêts de la Cour de cassation ¹⁰³, le législateur, quels que soient les termes du contrat et en dépit de l'immatriculation du travailleur à l'un des registres précédemment évoqués, ouvre la voie à la requalification du rapport contractuel...

b) La densification du travail

76. - L'entreprise est en quête d'une constante augmentation de sa productivité et de sa compétitivité, notamment par une augmentation (a) et une modulation (b) des périodes de travail. Sa survie, souvent, est à ce prix.

a) L'augmentation des périodes de travail

77. - *Un objectif*. - Rentabiliser au maximum des installations souvent coûteuses, être en mesure de répondre rapidement aux demandes des clients, avoir la capacité de réagir à des événements susceptibles de se produire à tout moment, dans n'importe quel pays, sont autant de raisons qui peuvent inciter l'entreprise à élargir ses périodes de fonctionnement. Paradoxe de l'heure : cette préoccupation s'exprime avec une force particulière à une époque où il n'est souvent question que de réduction du temps de travail de chaque salarié. Dissocier « les horaires de travail individuels » de chacun « de la durée d'utilisation des équipements » ¹⁰⁴ est devenu une préoccupation majeure des entreprises. Accroître la seconde sans augmenter les premiers (voire en les réduisant) est concevable *via* une augmentation du nombre de jours ou d'heures ouvrés.

78. - Au titre de l'augmentation du nombre de jours ouvrés, l'entreprise tend à reconquérir le samedi que des décennies d'accords ou d'usages avaient souvent transformé en période de repos ¹⁰⁵.

Les mêmes motifs la poussent à vouloir reconquérir le dimanche. Au travail dominical, le législateur (parfois à la remorque de la pratique) ouvre de plus en plus souvent la

¹⁰³ Cass. Ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1983, 381, concl. J. Cabannes ; *D.* 1984, IR 164, obs. J.-M. Béraud. Cass. soc. 17 avril 1991, *Dr. soc.*, 1991, p. 516 ; *Cah. soc.*, 1991, A 37.

¹⁰⁴ Formule empruntée au président de la Fédération patronale allemande de la transformation des métaux (Cf. *Social international*, 1995, n. 542, p. 5).

¹⁰⁵ Cf., à propos d'accords intervenus en Italie au sein du groupe Fiat, *Social international*, 1991, n. 492, p. 16 ; *Social international*, 1995, n. 536, p. 18 et n. 539, p. 16.

porte, levant ou assouplissant les interdits qu'il avait, en d'autres temps, formulés. En France, l'ordonnance n° 82.41 du 16 janvier 1982 autorise le recrutement d'équipes de suppléance dont les membres ont pour seule fonction de remplacer les autres salariés de l'entreprise pendant le ou les jours de repos accordés à ceux-ci¹⁰⁶ ; la loi n° 93.1313 du 20 décembre 1993 admet que dans les communes touristiques ou thermales et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente, le repos hebdomadaire soit donné par roulement¹⁰⁷.

La pression qui s'exerce en faveur de la banalisation du travail dominical joue également en ce qui concerne les jours fériés... et ne reste pas sans effets¹⁰⁸.

79. - Une évolution similaire peut être relevée sur un autre terrain, celui de l'*augmentation du nombre d'heures ouvrées* : l'interdiction de faire travailler les salariés à certaines heures de la journée n'est pas compatible avec l'exigence de flexibilité. Ainsi périclitent (ou sont menacées) les normes légales ou conventionnelles excluant (ou enfermant dans des conditions très strictes) le travail à des heures extrêmement matinales ou, au contraire, fort tardives. Mais la principale victime de la tendance à l'augmentation du nombre d'heures ouvrées est la prohibition du travail de nuit. D'une exclusion qui ne concernerait que les femmes, la Cour de justice des Communautés européennes a indiqué qu'elle ne voulait pas, au nom du principe d'égalité de traitement¹⁰⁹. Ne restait alors qu'une alternative : généralisation ou levée de l'interdit (sous les quelques réserves qu'imposent les exigences de santé et de sécurité). L'impératif de flexibilité suggère que soit empruntée cette dernière voie.

80. - *Un corollaire*. - La flexibilité, lorsqu'elle offre à l'entreprise la possibilité d'exiger de ses salariés la fourniture d'une prestation de travail au-delà de l'horaire « normal » ou au cours de périodes d'ordinaire réservées au repos, n'emporte tous les gains de productivité qui en sont attendus que si elle ne s'accompagne pas de majorations de salaire. La « banalisation » est à l'ordre du jour.

81. - Elle concerne d'abord les heures de travail accomplies au-delà de l'horaire « normal ». Y concourent certains des accords de modulation auxquels la voie est ouverte en France ou ailleurs¹¹⁰. Participent également de ce processus les textes qui s'attachent à réduire, de manière directe ou indirecte, le coût des heures supplémentaires. D'une réduction directe, illustration est offerte, en Espagne, par le nouveau statut des travailleurs, entré en vigueur le 13 juin 1994 : l'obligation légale de verser aux salariés qui accomplissent des heures supplémentaires une rémunération majorée de 75 % a disparu¹¹¹. À une réduction indirecte de leur coût contribuent les dispositions qui, en France, permettent de substituer au versement d'un surcroît de rémunération un repos

¹⁰⁶ C. trav., art. L. 221-5-1.

¹⁰⁷ C. trav., art. L. 221-8-1.

¹⁰⁸ Sur la loi allemande du 29 avril 1994 (admettant que les jours fériés donnent lieu à fourniture d'une prestation dans les mêmes circonstances que le dimanche), cf. *Social international*, 1994, n° 530, p. 5 et s.

¹⁰⁹ Cf. *CJCE* 2 août 1993, aff. 158.91, *D.* 1993, 577, note Ch. Pettiti.

¹¹⁰ Cf. *Social international*, 1994, n. 525, p. 6.

¹¹¹ Cf. *Social international*, 1994, n° 530, p. 13.

compensateur spécial ¹¹². Le gain pour l'entreprise sera d'autant plus important qu'elle aura obtenu, par voie d'accord collectif ou avec l'assentiment des représentants du personnel, que le repos capitalisé soit pris au cours de périodes de faible activité pendant lesquelles les salariés (s'ils avaient été tous présents) n'auraient pu être pleinement occupés.

Entre temps et argent, il n'est pas exclu que le salarié ait le choix. Mais l'argent, généralement, triomphe ¹¹³. Le remplacement de suppléments de rémunération par du temps libre paraît cependant promis à de nouveaux développements. Le démontrent, entre autres, les dispositions de l'accord national interprofessionnel sur l'emploi conclu en France le 31 octobre 1995 selon lesquelles le repos accordé au salarié en remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par lui accomplies « pourra éventuellement être affecté à un compte épargne temps » ¹¹⁴.

82. - Le processus de « banalisation » qui affecte les heures exécutées au-delà de l'horaire normal de travail vaut également pour celles fournies au cours de périodes d'ordinaire plutôt consacrées au repos qu'au travail. En Espagne, l'obligation légale de rémunérer le travail de nuit à un taux majoré de 25 % a disparu avec l'entrée en vigueur du nouveau statut des travailleurs ; cette question est désormais abandonnée aux seules conventions collectives ¹¹⁵. En Allemagne, un accord signé en 1993 chez Mercedes-Benz a réduit le samedi au rang de jour de travail normal, sans majoration de salaire, dans un établissement ¹¹⁶.

De même, le travail du dimanche ne donne pas nécessairement lieu à rémunération majorée. Lorsque tel est le cas, généralement sur la base d'accords collectifs ou d'usages, cet avantage est parfois remis en cause, au prix, le cas échéant, de la dénonciation des accords ou pratiques qui lui avaient donné naissance.

b) La modulation des périodes de travail

83. - Un horaire hebdomadaire fixe dont l'entreprise ne peut s'écarter qu'en plaçant ses salariés en chômage partiel (si elle ne peut les occuper pendant la totalité de l'horaire prévu) ou en leur faisant accomplir des heures supplémentaires (si la charge de travail est importante) est fort éloigné d'une réalité économique qui appelle plus de souplesse. L'entreprise aspire à l'adoption de formules qui lui permettent, sans avoir à appliquer ni le droit du chômage partiel, ni celui des heures supplémentaires, de faire varier le temps de travail de ses salariés en fonction des évolutions de son activité. Cette aspiration est partagée par toutes... et soulève de multiples questions nées de la nécessité de concilier les intérêts des entreprises et ceux de salariés parfois avides de stabilité : faut-il abandonner la modulation des horaires hebdomadaires à la seule décision de l'employeur ou la subordonner à une autorisation administrative ou à un accord collectif préalable ? Entre quelles limites la modulation doit-elle être admise ? Faut-il exiger que, par-delà les variations enregistrées d'une semaine sur l'autre, un horaire moyen, prédéterminé, soit

¹¹² C. trav., art. L. 212-5, al. 2 s.

¹¹³ Cf. *Social international*, 1993, n. 520, p. 7.

¹¹⁴ Accord national interprofessionnel sur l'emploi, 31 oct. 1995, art. II.

¹¹⁵ Cf. *Social international*, 1994, n. 530, p. 13.

¹¹⁶ Cf. *Social international*, 1994, n. 526, p. 8.

en définitive respecté ? Dans l'affirmative, sur quelle période (quelques semaines ? un an ?) faut-il exiger que cet horaire moyen soit respecté ?

84. - Ces questions sont au cœur des dispositions adoptées en France, à partir de 1982, afin de permettre la variation de l'horaire hebdomadaire en fonction du niveau d'activité de l'entreprise. Ainsi la modulation des horaires hebdomadaires de travail sur tout ou partie de l'année doit-elle être prévue par convention ou accord collectif étendu ou résulter d'un accord d'entreprise ou d'établissement, exposés, pour ces deux derniers, à l'opposition des syndicats non signataires¹¹⁷. Plusieurs types d'accords de modulation, de plus ou moins grand intérêt pour l'entreprise, sont d'ailleurs concevables. L'un se borne à prévoir que la durée hebdomadaire du travail est susceptible de varier sur tout ou partie de l'année, des semaines de quarante-deux heures alternant, par exemple, avec des semaines de trente-six heures ; les heures effectuées au-delà de la durée légale donnent lieu, dans les conditions habituelles, à rémunération majorée et à repos compensateur ; elles ne s'imputent pas, en revanche, sur le contingent annuel d'heures supplémentaires dont l'employeur peut librement user¹¹⁸ ; sur un an, la durée hebdomadaire du travail ne doit pas excéder en moyenne trente-neuf heures par semaine travaillée (voire moins si la convention collective applicable a fixé à un niveau inférieur l'ampleur de la semaine de travail)¹¹⁹. D'autres procurent aux entreprises (au prix de contreparties au profit des salariés) des avantages plus substantiels : les heures effectuées au-delà de la durée légale de travail ne s'imputent pas sur le contingent libre d'heures supplémentaires ; elles ne donnent lieu, dans la limite de quarante-quatre heures par semaine (qui peut être repoussée par convention ou accord collectif étendu)¹²⁰, ni à majoration de salaire, ni à repos compensateur ; la règle selon laquelle la durée moyenne du travail constatée doit être en principe, sur un an, de trente-neuf heures par semaine travaillée (voire moins si la convention collective applicable a fixé à un niveau inférieur l'ampleur de la semaine de travail) peut être transgressée¹²¹.

85. - L'entreprise peut aussi recourir à une organisation cyclique de la durée du travail¹²². Celle-ci ne nécessite pas toujours, à la différence de la modulation, la conclusion d'un accord collectif. Un tel support n'est nécessaire ni dans les entreprises qui fonctionnent en continu, ni dans celles où le recours à cette formule est autorisé par décret. Dans les autres cas, son utilisation doit être seulement prévue par une convention ou un accord collectif étendu (mais non par une simple convention d'entreprise ou d'établissement). Pour le surplus, l'organisation du cycle relève de la seule décision de l'employeur : le contrat collectif autorise le recours à l'horaire cyclique et fixe la durée maximale du cycle ; le chef d'entreprise (s'il décide d'utiliser la faculté qui lui est ouverte) procède unilatéralement à sa mise en place, sous la seule réserve de la

¹¹⁷ C. trav., art. L. 212-8.

¹¹⁸ C. trav., art. L. 212-8-I.

¹¹⁹ C. trav., art. L. 212-8-2, I.

¹²⁰ C. trav., art. L. 212-8-II.

¹²¹ C. trav., art. L. 212-8-2, II.

¹²² C. trav., art. L. 212-5, al. 5 s. Par cycle est entendue une période de quelques semaines au cours de laquelle est observée une variation de la durée hebdomadaire du travail qui se retrouve à l'identique (ce qui est un facteur de rigidité) d'un cycle à l'autre.

consultation des représentants du personnel. L'entreprise, alors, n'est pas loin d'imposer ses modes d'organisation.

B. — *L'entreprise impose ses modes d'organisation*

86. - L'entreprise a les moyens d'imposer ses modes d'organisation géographique (1) et hiérarchique (2).

1. L'entreprise impose ses modes d'organisation géographique.

87. - En tant qu'acheteur de force de travail, l'entreprise fait ses emplettes au lieu où lui est offert le meilleur rapport qualité-prix. La mondialisation de l'économie ayant pour corollaire celle du marché du travail, cette quête peut la conduire à procéder à un transfert de ses activités par-delà les frontières du pays où elle était jusqu'alors implantée. De France, son départ ne se heurte qu'à peu d'obstacles, du moins d'ordre juridique. La décision, après avis des représentants du personnel, relève du seul maître de l'entreprise.

Le transfert opéré emporte cause réelle de licenciement lorsqu'il intervient à destination d'un lieu aux coutumes, mœurs, climats et traditions substantiellement différents de ceux observés dans la région de France où l'établissement transféré était implanté. Lorsqu'un établissement est fermé et que l'activité qui y était exercée l'est désormais sur d'autres sites dans un milieu différent, notamment à l'étranger, les emplois sont effectivement supprimés. Ils ne sont pas seulement transférés ; il n'ont donc pas à être proposés aux salariés ¹²³.

2. L'entreprise impose ses modes d'organisation hiérarchique.

88. - Un droit pénal du travail proliférant désigne en principe comme responsable des infractions à la réglementation du travail commises dans l'entreprise le chef de cette dernière. L'entreprise désireuse de briser ce mode de désignation rigide qui ne correspond pas à la réalité de son organisation va identifier elle-même les responsables d'éventuels manquements aux dispositions du code du travail (et des textes qu'il a satellisés), notamment en matière de sécurité, par recours à la technique de la délégation. Le responsable de l'infraction variera au gré des délégations consenties, la jurisprudence admettant, traditionnellement, que le chef d'entreprise est exonéré de responsabilité pénale lorsqu'une infraction aux règles de sécurité est commise dans ceux des services dont il a délégué la direction à des « directeurs, gérants ou préposés » ¹²⁴ investis par lui et pourvus de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la loi ¹²⁵. Encore faut-il que cette délégation (qui doit être le reflet de l'organisation de

¹²³ Cass. soc. 5 avril 1995, *Dr. trav.* 1995, n° 5, p. 13, § 216, 2.

¹²⁴ Cf. C. trav., art. L. 263-2.

¹²⁵ Cass. crim. 18 déc. 1936, *DH* 1937, 102. Cass. crim. 27 fév. 1957, *D.* 1957, somm. 70. Cass. crim. 10 janv. 1963, *JCP* 63, éd. G, II, 13066. Cass. crim. 20 mai 1969, *D.* 1970, 619. Cass. crim. 21 oct. 1975, *D.* 1975, Inf. rap. 240.

l'entreprise en divers compartiments autonomes, non l'écho de la seule volonté de son chef de se protéger contre le risque pénal) soit certaine ¹²⁶ et accordée à un salarié pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur. À ce prix, l'entreprise désigne à la Justice un coupable ¹²⁷.

* *
*

89. - Rigidité ? Flexibilité ? Posée au travailleur, la question pourrait l'être à d'autres, à commencer par le commercialiste. À l'équilibre des contraintes toutes les disciplines doivent se plier. Mais des erreurs le prix est plus ou moins élevé. Dans le champ du droit des relations de travail, il peut être considérable. La perfection, telle que certains la rêvent, peut avoir la mort pour prix : de l'emploi, de l'entreprise, mais aussi, si nous n'y prenons garde, de la Cité.

12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05

¹²⁶ Cass. crim. 29 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, 1, 9, note J.-P. Doucet. Cass. crim. 20 oct. 1987, *JCP* 1988, *éd. E*, II, 15256, p. 541, n° 26, obs. O. Godard.

¹²⁷ Mais la délégation consentie n'a d'efficacité que dans le champ des pouvoirs dont le délégué est investi. Elle n'a aucun effet exonératoire lorsque survient un accident consécutif à une décision prise à un niveau supérieur à celui de son titulaire, peut-être lié à une mauvaise organisation de l'entreprise dont le chef de celle-ci porte seul la responsabilité. Demeure toujours à sa charge un noyau de responsabilité dans les domaines qui relèvent de sa compétence exclusive. Il n'est pas exclu qu'il échappe, à l'occasion d'un accident, à toute poursuite au titre de la violation d'une règle particulière de sécurité dont le respect devait être assuré par son délégué, mais soit exposé à une condamnation sur la base des dispositions du code pénal réprimant l'homicide et les blessures par imprudence par suite d'un manquement à ses propres obligations en matière de sécurité (Cass. crim. 18 oct. 1977, *D.* 1978, 472, note A. Benoit).