

La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples

Jean-Pierre Le Crom

► **To cite this version:**

Jean-Pierre Le Crom. La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples. *Diritto romano attuale*, 2006, 15, pp.139-162. halshs-00647268

HAL Id: halshs-00647268

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00647268>

Submitted on 1 Dec 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La liberté du travail en droit français

Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples*

Il n'existe pas, en droit français, de définition de la liberté du travail. On en trouve cependant mention dans deux textes différents. Le premier est l'article L. 412-1 du Code du travail, issu de la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, qui garantit que « l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail ». Le second est l'article L. 431-1 du Code pénal qui sanctionne « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou manifestation ». Dans les deux cas, la liberté du travail apparaît comme une limite apportée à des usages abusifs du droit syndical ou du droit de grève.

La référence opérée par l'article L. 412-1 aux droits et libertés garantis par la Constitution donne donc à cette notion une valeur constitutionnelle, admise comme telle par la Cour de cassation. Pourtant le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celle du 4 octobre 1958 aujourd'hui en vigueur, ne mentionne nullement ce principe. Il affirme seulement que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». Le Conseil constitutionnel, quant à lui, ne l'a jamais reconnu, alors même qu'il en a eu plusieurs fois l'occasion¹.

De son côté, la Doctrine apparaît incapable d'en donner une définition précise. Elle le caractérise généralement en opposition à d'autres notions comme l'obligation de travailler, le droit au travail ou l'interdiction de travailler². Des distinctions sont également opérées entre libertés des salariés et libertés des

* Cet article a été publié une première fois dans *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 15/giugno 2006 : Libertà lavoro diritto, p. 139-162.

¹ T. Revet, « La liberté du travail », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 686.

² G. Lyon-Caen, « La liberté du travail et le droit français du travail », in *La liberté du travail*, congrès et colloques de l'université de Liège, vol. 53, université de Liège, 1969, p. 21 et 22.

employeurs, libertés individuelles et libertés collectives, liberté du travail et liberté dans le travail³.

Pour mieux faire comprendre la réalité qu'elle recouvre, les juristes renvoient à ses origines, qu'ils situent pendant la Révolution française avec la promulgation du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791. Pour les historiens, la naissance de cette notion doit plutôt être recherchée dans l'édit de Turgot de février 1776. Elle est en effet utilisée de manière explicite dans son préambule : « *Chaque individu talentueux ou non doit pouvoir avoir la possibilité d'effectuer quelque travail qu'il souhaite, ou même d'en effectuer plusieurs. Ainsi, cette liberté de travailler pour tous implique la volonté d'abolir les privilèges, les statuts, et surtout les institutions arbitraires qui ne permettent pas aux nécessiteux de vivre de leur travail, et qui semblent condamner la liberté de travail pour tous* ».

Les « institutions arbitraires » visées ici sont les jurandes et les communautés de métier, pour la première fois désignées en 1776 sous le vocable générique de « corporations ». Nées au Moyen-Âge, les communautés de métier se sont développées jusqu'au XVIIIe siècle sous des formes très diversifiées que l'historiographie classique a cherché à classer dans des catégories homogènes : à côté des métiers libres auraient existé des métiers jurés, reconnus par le pouvoir royal, et des métiers réglés, reconnus par les autorités municipales. Ce schéma bien tranché est désormais remis en cause. Certains historiens modernistes mettent aujourd'hui l'accent sur « l'extrême plasticité de la forme sociale appelée "communautés de métier" » et interrogent les catégorisations trop rigides. Ils soulignent par exemple que « dans les mêmes villes co-existent des métiers aux statuts différents et surtout changeants, avec des glissements d'une catégorie à l'autre, les choix statutaires étant reconsidérés en fonction de la conjoncture ou de l'état des forces.⁴ » De la liberté du travail à la jurande complètement organisée, comme l'écrivait déjà Henri Hauser en 1905⁵, existe donc toute une gamme de situations intermédiaires.

3. J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », *Droit social*, n° 1 : Liberté, égalité, fraternité... en droit du travail, janvier 1990, p. 10.

4. Ph. Minard, « Les corporations en France au XVIIIe siècle : métiers et institutions », in Ph. Minard et S. L. Kaplan (dir.), *La France, malade du corporatisme ? (XVIIIe-XXe siècles)*, Paris, Belin, coll. Socio-Histoires, 2004, p. 40.

5. Cité par Ph. Minard, *op. cit.*, p. 41.

Ces historiens remettent aussi en cause les critiques excessives portées sur les corporations et l'idée que leur déclin était inéluctable. Ils ne nient pas toutefois les problèmes rencontrés, comme la difficulté d'accès à la maîtrise des compagnons et les conséquences néfastes du monopole, notamment l'absence de souplesse et la crainte des innovations, l'endettement dû aux procès et aux exigences fiscales de plus en plus lourdes de la royauté.

Aux yeux de Turgot, le système corporatif est inamendable et doit être aboli. C'est l'objet de l'édit de février 1776 qui prévoit dans son article 1^{er} qu'« il sera libre à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, même à tous étrangers, d'exercer dans tout notre royaume telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon lui semblera, même d'en réunir plusieurs ». Confronté à de vives résistances, le texte sera remplacé, en août 1776, par un nouveau dispositif moins radical⁶.

Il faut donc en réalité attendre la Révolution française pour que soient définitivement abolies les corporations. Dans son article 7, le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 dispose que désormais « il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon » à condition de payer une patente. C'est donc de manière indirecte, à l'occasion d'une loi fiscale, qu'est énoncé le principe fondamental de la philosophie révolutionnaire, avec le droit de propriété et l'égalité des citoyens devant la loi. Notons cependant qu'il ne vaut que pour ceux qui payent une patente et exclut les domestiques et les ouvriers subordonnés qui n'ont guère retenu l'attention du législateur révolutionnaire. La liberté dont il est ici question est donc la liberté du commerce et de l'industrie, expression générique valant quelle que soit la nature du travail. La pensée révolutionnaire ne distingue pas en effet le travail indépendant (autonome) et le travail salarié (subordonné). Pendant une bonne partie du XIX^e siècle, la situation la plus commune pour les travailleurs manuels sera le louage d'ouvrage qui porte sur le produit et non sur la personne du travailleur. Tout juste, le Code civil réserve-t-il deux pauvres articles aux domestiques et aux ouvriers subordonnés : l'article 1780 selon lequel on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée et l'article 1781 qui prévoit qu'en cas de litige sur le montant ou le versement des salaires, le maître doit être crû sur son affirmation.

⁶. S. L. Kaplan, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001, 740 p.

Pratiquement, la liberté du travail est donc entendue comme un synonyme de la liberté d'entreprendre et il faudra longtemps – et ce ne sera jamais complètement le cas – avant que l'on distingue les deux ou plutôt que l'on admette que la première n'est qu'une sous-catégorie de la seconde. Dans l'édition de 1922 de son *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paul Pic, l'un des premiers juristes du travail français, inclut encore dans son chapitre sur la liberté du travail la liberté d'établissement et la liberté de la vente.

Environ trois mois après le décret d'Allarde, un nouveau texte – la loi Le Chapelier – vient instituer un délit de coalition pour ceux qui chercheraient à entraver la liberté du travail en voulant défendre leurs « prétendus intérêts communs ».

Les incertitudes de définition et la genèse de l'expression montrent donc la grande labilité de l'expression « liberté du travail ». Indissociable du libéralisme économique dans ses meilleurs aspects, elle a toutefois été utilisée historiquement dans un sens principalement négatif, comme un rempart des droits de l'individu contre ceux du groupe. (I) Avec l'évolution du capitalisme, et notamment l'intervention croissante de l'État dans le marché du travail, la liberté du travail a cependant pris un sens plus large et moins formel que les évolutions récentes du travail rendent cependant inadapté et qu'il s'agirait, une nouvelle fois, de dépasser. (II)

I. – Les applications traditionnelles du principe de la liberté du travail

Avec la loi Le Chapelier sont posées les bases de ce que sera le régime du travail pendant une majeure partie du XIXe siècle. Les corporations définitivement supprimées, le travail est désormais libre sans qu'aucun collectif ne puisse venir entraver cette liberté.

Cette vision classique doit être nuancée. Certaines professions comme les métiers de bouche sont en réalité organisées et réglementées, surtout à Paris, dans un souci de « police des subsistances ». C'est le cas, par exemple, des boulangers qui sont soumis à des obligations qui rappellent un certain nombre de traits des

anciennes corporations, notamment l'élection de représentants qui pèsent pour limiter l'accès au marché du travail. C'est aussi le cas des bouchers parisiens qui possèdent, avec la caisse de Poissy, une structure corporative qui ne sera supprimée qu'en 1858⁷. D'autres exceptions au principe absolu de la liberté du travail peuvent aussi être relevées dans les métiers de la justice et de la santé. Dans tous les cas, c'est l'intérêt public qui justifie les entorses au principe de la liberté du travail.

Celui-ci se présente de manière bivalente, comme l'avère et le revers d'une médaille : d'un côté, il affirme le droit, individuel, de choisir son emploi ; de l'autre, il pose des limites aux pratiques, collectives, d'influer sur ses conditions. Dans les deux cas, cependant, les prescriptions juridiques ne rendent compte qu'imparfaitement des pratiques sociales. Par ailleurs, elles évoluent considérablement sous l'effet des mutations politiques et sociales.

A. Le droit de choisir son emploi

Le principe fondamental de la liberté du travail est contenu dans l'expression elle-même. Depuis la Révolution française, le travail est libre. Chaque individu peut donc s'engager comme il l'entend et auprès de qui il souhaite en fonction de ses compétences et de son savoir-faire. En droit positif, ce principe se décline de quatre manières.

La première est l'**interdiction des engagements à vie**, objet de l'article 1780 du Code civil, toujours en vigueur aujourd'hui, qui stipule qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». Cet article à tonalité anti-féodale peut se lire comme une réaction contre le lien perpétuel de vassalité. Mais le modèle type de contrat qui va résulter de l'interdiction de l'engagement perpétuel va être le contrat à durée déterminée ou le contrat saisonnier. Au XIXe siècle, en effet, les contrats les plus courants sont les contrats à la journée, à la semaine, à la saison ou à l'année (pour les domestiques). En général, ils ne sont pas écrits et leurs dispositions sont réglées par les usages qui fixent des délais-congés (préavis) assez brefs, huit jours le plus souvent⁸.

7. S. Leteux, *Libéralisme et corporatisme chez les bouchers parisiens (1776-1944)*, thèse d'histoire, Lille 3, 2005, 847 p.

8. A. Cottureau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Annales HSS*, n° 2, nov.-déc. 2006, pp. 1521-1557.

La seconde application positive de la liberté du travail réside dans **l'interdiction du travail forcé**. Elle a connu bien des vicissitudes dans l'histoire contemporaine. Il a fallu attendre la Constitution de 1848 pour que l'esclavage soit aboli en France, mais le travail forcé est réapparu pendant la Seconde Guerre mondiale avec l'instauration du Service du travail obligatoire des jeunes Français en Allemagne. Et si, excepté cet épisode, la France l'interdit en métropole, elle ferme les yeux dans les colonies même après qu'une loi de 1946 l'ait aboli dans les possessions d'outre-mer.

Il ne s'agit pas, par ailleurs, d'un principe absolu. Il est d'abord limité, depuis une loi du 11 juillet 1938, par la possibilité donnée au gouvernement de réquisitionner « l'ensemble du personnel faisant partie d'un service ou d'une entreprise considéré comme indispensable pour assurer les besoins du pays ». Ce texte a été plusieurs fois utilisé en cas de grève dans le secteur public, mais jamais après la grande grève des mineurs de 1963. Il sert par contre de base à l'organisation d'un service minimum en cas de grève dans les services publics, notamment dans les secteurs de l'énergie et des transports, ce qui a pour effet de contraindre des grévistes potentiels à travailler, limitant ainsi leur liberté du travail.

Le travail forcé a également longtemps été admis comme sanction pénale avant d'être interdit par une ordonnance du 4 juin 1960. Mais l'évolution des réflexions sur les fonctions de la prison et sur ses alternatives a réactualisé la question dans des termes nouveaux. Le travail pénitentiaire n'est plus considéré comme une sanction mais comme un moyen de lutter contre le désœuvrement et de faciliter la réinsertion des détenus. Pour les petits délits, il est aussi de plus en plus courant que les délinquants se voient proposer un travail d'intérêt général en lieu et place d'un emprisonnement. Dans les deux cas cependant, le travail ne peut être imposé et on ne saurait donc ici parler de travail forcé.⁹

L'interdiction du travail forcé a aussi pour conséquence le droit de ne pas travailler. Ce « droit à la paresse », pour reprendre l'expression de Paul Lafargue, pose toutefois problème pour les individus qui bénéficient d'allocations de chômage ou de revenus d'assistance. En 1940, une loi soumettait le versement des allocations journalières d'assistance chômage à la contrepartie d'un travail de deux

⁹. S. Lorvellec, « Travail et peine », in A. Supiot (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société (22), 1998, pp. 247-263.

heures par jour et à l'acceptation de n'importe quelle offre venant de l'office de placement, quels qu'en soient la nature et le lieu. En 1946, le préambule de la Constitution prescrivait pour chacun « le devoir de travailler », mais il s'agissait là d'une obligation morale plus que d'une obligation juridique. En droit positif, on admet en effet qu'un chômeur peut refuser un emploi moins intéressant que celui qu'il exerçait précédemment¹⁰. On peut toutefois se demander si le développement des politiques dites « d'activation » des dépenses d'assurance chômage, sous l'influence de l'OCDE, ne va pas remettre en cause la relative souplesse avec laquelle les ASSEDIC envisagent la notion de « motif légitime » de refuser un emploi. Les textes conventionnels (conventions d'assurance-chômage) et légaux (loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005) apparaissent en effet de plus en plus contraignants pour les chômeurs en faisant porter sur eux une véritable obligation de moyen de retour à l'emploi¹¹.

La troisième conséquence pratique de la liberté du travail est le **droit pour un salarié de démissionner de son emploi**, corollaire du droit de congédiement de l'employeur. Dans la pratique, ce droit est seulement limité par l'instauration d'un délai-congé, prévu par les usages professionnels puis par les conventions collectives. Cependant, pendant presque tout le XIXe siècle, la démission a été rendue difficile par l'existence d'un livret ouvrier, instauré par la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803). Pour pouvoir changer d'emploi, le travailleur devait être « porteur d'un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort », ce qui pouvait s'avérer concrètement difficile compte tenu de la pratique très répandue des avances accordées par l'employeur au salarié. Le livret ouvrier, modifié plusieurs fois, sera finalement aboli en 1890, au profit d'un simple certificat de travail¹².

La liberté du travail suppose de pouvoir démissionner, mais également de pouvoir retrouver un autre emploi. De ce point de vue, elle peut également être

¹⁰. Y. Rousseau et B. Wallon, « Du droit pour un chômeur de refuser un emploi », *Droit social*, n° 1, janvier 1990, pp. 27-32.

¹¹. Je m'inspire ici des réflexions de la thèse en cours de Ludivine Épiard (université de Nantes) sur *L'impact des politiques d'incitation au retour à l'emploi*.

¹². J.-P. Le Crom, « Le livret ouvrier au XIXe siècle entre assujettissement et reconnaissance de soi », in Y. Le Gall, D. Gaurier et P.-Y. Legal (dir.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2003, pp. 91-100.

restreinte par l'existence d'une **clause de non-concurrence**, qu'il faudrait plutôt appeler clause de non réembauchage¹³.

De longue date, ces clauses sont prévues dans une annexe au contrat de travail de nombre de représentants de commerce ou de cadres commerciaux, l'objectif étant pour l'employeur signataire de garder une clientèle susceptible de suivre le représentant chez son nouvel employeur. Avec l'amélioration du progrès technique, elles se sont ensuite partiellement étendues aux cadres techniques ou ingénieurs détenteurs de savoir faire susceptibles de fausser la concurrence entre l'ancien et le nouvel employeur. Contrairement à d'autres systèmes étrangers, la loi française a toujours été muette sur leur validité, sauf dans les territoires d'outre-mer, et a laissé aux tribunaux le soin de régler les litiges. La jurisprudence a refusé la nullité absolue de ces clauses et construit un système de validité conditionnelle dans le temps, dans l'espace et quant à la nature de l'activité.

Cette jurisprudence a fait l'objet de fortes critiques en doctrine. Dans les années soixante, Gérard Lyon-Caen dénonçait l'insécurité juridique qui en résultait¹⁴ et, en 1990, Jean Pélissier considérait la clause de non réembauchage comme « juridiquement inacceptable, socialement injuste, économiquement absurde¹⁵ ». Faut-il y voir un rapport de cause à effet ? Toujours est-il qu'au terme d'une évolution entamée en 1992, la Cour de cassation estime aujourd'hui « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière¹⁶ », ce qui élargit donc la liberté du travail des salariés concernés.

Sous tous ces aspects, la liberté du travail apparaît comme un concept dans la signification s'est élargie dans le temps avec d'indéniables effets positifs. Il a cependant été utilisé aussi dans un sens moins favorable aux intérêts collectifs des salariés.

¹³. G. Lyon-Caen, « Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non réembauchage) », *Droit social*, n° 2, février 1963, pp. 88-99.

¹⁴. *Ibid.*

¹⁵. J. Pélissier, « La liberté du travail », *Droit social*, n° 1, janvier 1990, p. 19.

¹⁶. Cass. Soc. 10 juil. 2002, *Droit social*, 2002. 954, obs. R. Vatinet.

B. – Les entraves à la liberté du travail

Dans l'esprit de la Révolution française, l'abolition des corporations doit s'accompagner d'un dispositif répressif à l'égard de toute tentative de reconstitution des corps intermédiaires. C'est dans cet objectif que la loi Le Chapelier institue le délit de coalition qui recouvre à la fois l'interdiction faite aux gens de métier de s'organiser et de prendre des décisions « sur leurs prétendus intérêts communs » et la répression de cette interdiction, notamment pour ceux « [qui prendraient] des délibérations ou [feraient] entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux » (art. 2).

La loi Le Chapelier ne distingue donc clairement pas entre le droit d'association professionnelle et celui de cesser le travail pour faire valoir des revendications. Le droit de grève et le droit syndical vont en réalité se détacher progressivement au fur et à mesure de leur reconnaissance institutionnelle. Leur légalisation, toutefois, laissera entière la question de la conformité de leur exercice au principe de la liberté du travail.

1. Liberté du travail et droit de grève

Il n'est pas exact d'écrire qu'il n'existe pas de droit du travail au début du XIXe siècle. Certes l'expression n'existe pas, mais il existe bien un droit relatif au travail industriel rassemblé, si l'on excepte les deux articles du Code civil consacrés au louage de services, dans la loi du 22 Germinal an XI sous le titre significatif de « loi sur la police des manufactures ». Loi de police, en effet, qui assimile les classes laborieuses à des classes dangereuses¹⁷. Chaptal, qui est à l'origine de ce texte, l'exprime nettement en 1802 : « En décrétant la liberté la plus absolue de l'industrie, l'Assemblée constituante ne pouvait prévoir les fraudes. L'habitude de violer les engagements relatifs au travail est devenue si universelle parmi les ouvriers qu'on ne peut plus compter sur leur coopération, d'où il résulte que les fabricants sont détournés de toutes les entreprises de quelque étendue par la crainte de s'y voir obligés d'y renoncer avant de les avoir consommées ».

Ces craintes sont à l'origine du titre II de la loi du 22 Germinal an XI qui

¹⁷. L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, Perrin, coll. Pour l'histoire, 2002, 566 p.

reprend à son compte l'interdiction des coalitions prévue par la loi Le Chapelier en introduisant une différence significative entre les coalitions d'employeurs et les coalitions d'ouvriers. Les premières, lorsqu'elles tendent « à forcer injustement ou abusivement à l'abaissement des salaires » et qu'elles sont suivies d'une tentative ou d'un début d'exécution, sont punies d'une amende de 100 à 3 000 francs, et, éventuellement, d'un emprisonnement ne pouvant dépasser un mois. Les secondes sont, de manière générale, et à condition aussi d'être suivies par une tentative ou un début d'exécution, punies d'un emprisonnement qui ne saurait excéder trois mois.

Ce dispositif va être intégré dans le Code pénal promulgué en 1810, dans un chapitre consacré aux crimes et délits contre les propriétés, avec de légères modifications quant aux sanctions. L'article 414 augmente l'amende pour les employeurs entre 200 et 3 000 francs et l'emprisonnement de six jours à un mois ; l'article 415 prévoit un emprisonnement de 1 à 3 mois pour les ouvriers (2 à 5 ans pour les chefs ou meneurs).

Supprimé pendant la révolution de 1848, le délit de coalition renaît de ses cendres l'année suivante avec la loi du 7 novembre 1849. Celle-ci supprime les mots « injustement et abusivement » qui ne valaient que pour les coalitions d'employeurs et établit, en théorie, une stricte égalité dans la répression en uniformisant les sanctions (6 jours à 3 mois de prison et 2 à 5 ans pour les meneurs ; 16 francs à 1 000 francs d'amende).

Ce texte va donner lieu à de nombreuses poursuites judiciaires pendant la première partie du Second Empire jusqu'à ce que Napoléon III accorde sa grâce à des typographes condamnés sur cette base en 1862, événement inaugural d'une politique de tolérance à l'égard des grèves. Ce processus va aboutir à la suppression du délit de coalition par la loi du 25 mai 1864. Cette loi modifie en effet les articles 414 et 415 en punissant « quiconque, à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses, aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation concertée de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail ». Elle ne reconnaît donc pas le droit de grève expressément, mais seulement indirectement, quand elle n'est pas accompagnée de violences ou d'atteintes à la liberté du travail.

Le droit français a donc substitué le délit d'entrave à la liberté du travail à celui

du délit de coalition reconnaissant ainsi implicitement le droit de grève. Il faudra toutefois attendre le préambule de la Constitution de 1946 pour que celui-ci soit fermement établi et la loi du 11 février 1950 pour que le législateur reconnaisse que la grève ne rompt pas le contrat de travail.

Sitôt créé, le délit d'atteinte à la liberté du travail va devoir supporter de nombreuses critiques. Les syndicats ouvriers réclament très tôt son abolition, relayés par plusieurs projets et propositions de loi entre 1898 et 1907¹⁸. Dans ceux-ci, il est prévu que les faits délictueux soient réprimés sur la base du droit commun, pénal ou civil. Ils font également valoir le paradoxe de l'article 415 qui aggrave les pénalités en cas de plan concerté concernant l'emploi de violences, menaces ou voies de fait alors même que le plan concerté de grève était devenu licite depuis 1864.

Au delà de cette argumentation juridique, les opposants aux articles 414 et 415 développent aussi un point de vue sociologique sur la solidarité ouvrière. Le député Colliard, l'un des opposants, explique ainsi sa position : « *Le droit des individus de continuer à travailler est éminemment respectable en soi, mais il n'en est pas moins vrai qu'entre les ouvriers d'un même atelier, il y a une solidarité étroite [...] Quand une partie des ouvriers se mettent [sic] en grève pour obliger le patron à améliorer les conditions de leur travail, ce n'est pas pour eux seuls qu'ils luttent : les autres ouvriers, s'ils réussissent, profiteront comme eux des améliorations conquises. On trouverait en effet difficilement des exemples d'ouvriers qui, ayant continué à travailler pendant que leurs camarades étaient en grève, auraient refusé après la victoire de ces derniers de participer aux avantages obtenus*¹⁹ ».

Ces propositions restèrent sans suite, laissant ainsi aux tribunaux le soin d'établir une jurisprudence. Pendant longtemps, celle-ci sera largement défavorable aux grévistes du fait d'une interprétation extensive des notions de voie de fait, de menace et surtout de manœuvre frauduleuse. L'évolution récente émanera en fait du législateur. Celui-ci supprime en effet l'article 415 en 1972 puis remplace en 2000 l'article 414 par l'article 431-1 du Code pénal. Cet article ne traite pas seulement de la liberté du travail, mais d'un ensemble plus large de

¹⁸. Proposition Coutant, 11 juillet 1898 et 3 juillet 1906 (J.O., débats parl., n° 194, p. 751) ; projet Clemenceau, 14 janvier 1907 (J.O., débats parlementaires, n° 650, p. 42).

¹⁹. Cité par H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, t. 6 du Traité de droit du travail (dir. : G. H. Camerlynck), Paris, Dalloz, 2^e éd., 1984, p. 275.

libertés publiques (d'expression, d'association, de réunion, de manifestation) pour lesquelles l'entrave, d'une manière concertée ou à l'aide de menaces, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, sanctions accrues à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende en cas de violences, voies de fait, destructions ou dégradations.

2. Liberté du travail et droit syndical

La loi de 1884 a posé implicitement le principe de la liberté syndicale, c'est-à-dire le droit pour chaque travailleur d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat, celui de choisir son syndicat et, enfin – mais cette fois-ci de manière tout à fait explicite –, celui de démissionner du syndicat. Son application va cependant être contrariée par certaines pratiques syndicales. Les syndicats ont en effet souvent tendance à considérer qu'ils représentent la profession tout entière, ce que la loi encourage quelquefois. D'où une tension dans des situations particulières, plutôt rares en France, mais qui intéressent beaucoup l'évolution de la liberté du travail.

La première est celle de la mise à l'index, appelée aussi quelquefois boycottage, qui est un procédé par lequel un syndicat ouvrier défend à un salarié de travailler parce qu'il n'est pas syndiqué ou qu'il refuse les consignes syndicales. Mais ce peut-être aussi l'employeur qui est mis à l'index parce qu'il ne respecte pas le tarif ou qu'il embauche des non-syndiqués. Jusqu'en 1884, la mise à l'index était réprimée par l'article 416 du Code pénal. Elle est supprimée par la loi de 1884, malgré de vives protestations, car jugée incompatible avec les nouvelles libertés accordées aux syndicats. Sur le plan civil, elle sera cependant l'occasion d'assez nombreuses demandes de dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil venant de la part de salariés mis à l'index ou de patrons mêlés au conflit. Face à ces demandes, les tribunaux considèrent, depuis la célèbre affaire Joost en 1892, que la mise à l'index est en principe licite quand elle a pour objet la défense d'intérêts professionnels. Dans la pratique, et à partir de ce principe, des distinctions sont cependant opérées. Quand la mise à l'index frappe un syndiqué, elle est considérée comme licite car elle constitue une mesure disciplinaire. Il en va de même lorsqu'elle est dirigée **contre** un employeur et utilisée comme une arme de lutte économique, mais elle cesse de l'être et constitue un abus de droit si elle

n'est pas utile à la défense des travailleurs et a pour but de nuire à l'adversaire. Quand elle touche des personnes appartenant à la même profession ou à la même catégorie sociale, elle n'est sanctionnable civilement ou pénalement, au titre de l'article 414 du Code pénal, que si elle a pour but de contraindre à la grève. Elle renvoie donc au premier type évoqué plus haut. Au bout du compte, il apparaît donc que la mise à l'index dans son acception la plus courante, c'est-à-dire le boycottage d'un salarié non syndiqué ou de son employeur, est tolérée par le droit français.²⁰

La seconde situation est celle qui résulte de clauses de conventions collectives tendant à réserver l'emploi aux seuls salariés syndiqués. Courantes aux États-Unis, ces pratiques sont en réalité assez diversifiées. Les plus connues le sont sous le nom de *closed shop*, littéralement entreprise fermée aux non syndiqués, ou d'*union shop*, situation où l'employeur est libre de choisir son personnel, mais obligé de renvoyer les salariés qui n'adhéreraient au bout d'un certain temps au syndicat. Les clauses d'embauchage préférentiel (*preferential hiring*), de maintien d'affiliation (*maintenance of membership*), de retenue des cotisations syndicales par l'employeur à charge pour lui de les reverser au syndicat (convention de *check off*) ou, enfin, les clauses d'avantages réservés aux seuls syndiqués participent également de ce système tout entier orienté vers le contrôle du marché du travail par le syndicat.

En France, la faiblesse du nombre d'adhérents et le pluralisme syndical expliquent que ces pratiques soient restées marginales. Elles existent toutefois dans les secteurs de la presse, du Livre, où elles sont associées à l'existence d'une marque et d'un label syndical portés sur les produits, et chez les dockers. Confronté à la question de la validité de ces clauses, le droit français va évoluer vers une conception très restrictive. En 1916, un arrêt de la Cour de cassation considère que la clause d'une convention collective par laquelle les entrepreneurs d'Halluin s'engageaient à n'employer que des travailleurs appartenant au syndicat du bâtiment de cette ville « n'avait rien d'illicite » car elle était « dictée tant par un désir réciproque de conciliation que par le souci d'intérêts professionnels »²¹.

²⁰. Pour plus de détails, on se reportera à J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, vol. 1, Liberté, structures, action, t. 5 du Traité de droit du travail (G. H. Camerlynck, dir.), Paris, Dalloz, 2^e éd., 1987, pp. 567-574.

²¹. Cass. 24 oct. 1916, S. 1920, 1, 17, note Bonnacasse.

Deux décisions postérieures condamnent au contraire l'employeur qui avait congédié un salarié non adhérent au syndicat signataire en raison de clauses de conventions collectives mais dans des conditions particulières qui en rendent l'interprétation difficile. De cette jurisprudence, la doctrine admettait toutefois que des limitations à la liberté syndicale étaient possibles dès lors qu'elles étaient justifiées par un intérêt professionnel et n'étaient pas dirigées contre des non syndiqués ou d'autres professionnels.

Cette tolérance va décliner à partir des années trente. En 1936, le Conseil national économique refuse d'abord d'étendre les conventions collectives qui comportent des clauses d'affiliation syndicale. En 1950, la grande loi du 11 février sur les conventions collectives dispose explicitement que les clauses relatives à l'embauchage et au licenciement « ne peuvent porter atteinte au libre choix du syndicat par les travailleurs ». Enfin, une loi du 27 avril 1956, votée à la suite des protestations de la CFTC et de la CGT-FO contre le monopole d'embauche de la CGT dans le Livre, prévoit qu'« il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat [...] pour arrêter sa décision en ce qui concerne l'embauchage » et qu'« est nulle, et de nul effet, toute disposition ou accord tendant à obliger l'employeur à n'embaucher ou à ne conserver à son service que des adhérents du syndicat propriétaire de la marque ou du label²² ».

Il semble que cette loi de circonstance n'ait guère été appliquée, le monopole d'embauche de la CGT perdurant dans certains secteurs, il est vrai de plus en plus restreints mais pour d'autres raisons, économiques notamment.

Dans la deuxième moitié du XIXe siècle, la notion de liberté du travail s'est donc transformée. Elle est devenue relative en devant coexister avec d'autres libertés et a été utilisée d'abord comme un rempart aux débordements et aux abus du droit syndical et du droit de grève et est apparue ainsi comme le fondement de l'économie libérale. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, elle a été si longtemps confondue avec la liberté du commerce. Cette lecture traditionnelle doit être cependant largement amendée. En réalité, dès le XIXe siècle, mais surtout au XXe, des mesures ont été prises pour pallier les conséquences néfastes de l'inorganisation du marché du travail entraînant des tendances nouvelles dans

²². G. Spyropoulos, « Le monopole syndical d'emploi et la protection de la liberté syndicale », *Droit social*, n° 5, mai 1956, pp. 264-281.

l'application du principe.

II. Le renouvellement des approches

Les normes extra-nationales auxquelles la France est tenue de se conformer utilisent souvent la notion de liberté du travail associée à celle de droit au travail. C'est ainsi que la Déclaration universelle des Droits de l'homme du 10 décembre 1948 dispose dans son article 23 que « toute personne a droit au travail et au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage, que la Charte sociale européenne indique que « toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris » et que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a une valeur plus politique que juridique, souligne que « toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ».

Il apparaît ainsi que la liberté du travail n'est pas le seul fondement du régime économique et social et qu'elle doit s'accompagner d'un droit au travail qui apparaît comme son prolongement concret. La plupart des auteurs font leur cette évolution terminologique en considérant que si la liberté du travail apparaissait au XIXe siècle comme un élément du libéralisme économique, « aujourd'hui, on considère au contraire que la liberté réelle du travailleur suppose à la fois qu'il soit protégé, dans ses rapports avec l'employeur, par une réglementation impérative, et que l'État mène une politique active de l'emploi, facilitant l'accès au travail²³ ».

À suivre ce point de vue, on en arriverait à confondre la liberté du travail avec le droit du travail tout entier. À lire les développements qu'ils consacrent au sujet, ces auteurs ne vont pourtant pas jusque-là et se contentent de détailler les mesures et dispositifs qui visent à favoriser la liberté réelle de travailler.

Cette vision pourtant large du principe est cependant aujourd'hui remise en cause par des auteurs qui souhaitent promouvoir une véritable « libération du travail » en étendant le concept au-delà de la sphère du travail salarié.

A. – Déclin ou approfondissement ?

²³. J. Savatier, « Liberté du travail », *Répertoire travail Dalloz*, janvier 2005, p. 2.

Dans son *Traité de droit du travail*, paru en 1950, Paul Durand estimait que le principe de la liberté du travail avait décliné avec le développement de l'économie dirigée et la multiplication des règles sur l'emploi de la main-d'œuvre. En réalité tout dépend du point de vue adopté. On peut aussi parfaitement admettre que cette évolution est marquée par le passage d'une liberté abstraite et relativement formelle à une liberté concrète, pour reprendre la fameuse distinction de Karl Marx. Il est vrai qu'en régime libéral, l'employeur et le salarié sont juridiquement égaux. Le salarié a le droit de choisir son emploi et l'employeur celui de retenir le candidat qui lui semble le plus capable de réaliser le travail pour lequel il l'embauche. Économiquement, il en va évidemment tout à fait différemment. Que vaut la liberté du travail pour un travailleur qui n'a pas les moyens matériels de l'exercer, surtout dans les périodes de chômage ?

Au contraire de Paul Durand, on dira plutôt que l'évolution contemporaine du droit du travail a cherché à rendre effective la liberté du travail en l'assimilant à la notion de droit au travail. Cette évolution est marquée par deux tendances parallèles. La première consiste à lutter contre les discriminations à l'embauche ; la seconde à promouvoir une véritable politique de l'emploi.

1. La lutte contre les discriminations à l'embauche

Il ne saurait y avoir de véritable liberté du travail si l'accès à celui-ci est restreint ou interdit aux salariés du fait de leur sexe, de leur nationalité, de leur race, de leurs préférences sexuelles, voire de leur âge. Cette manière de penser est assez récente. Le mot « discrimination » n'apparaît pas, par exemple, dans l'index, pourtant très détaillé, du traité de Paul Durand en 1950. La liberté absolue de recrutement a en effet longtemps été considérée comme le privilège exclusif du chef d'entreprise et le droit lui-même a quelquefois organisé les discriminations.

C'est le cas notamment pour le travail féminin. Sous le régime de Vichy, dans une période de fort chômage, une loi du 11 octobre 1940, qui sera peu appliquée, interdit par exemple le recrutement des femmes mariées dans la fonction publique alors qu'une loi postérieure, qui ne sera jamais publiée, devait étendre le dispositif aux emplois privés et aux célibataires. Paradoxalement, c'est aussi pendant cette

période que la femme mariée recouvre sa pleine capacité et peut se dispenser de l'accord de son mari pour signer un contrat de travail.²⁴

Après la guerre, l'importance des besoins de main d'œuvre rend inconcevable la reconduction de la limitation de l'accès au travail des femmes. L'objectif est alors, au contraire, de favoriser l'emploi féminin. Ces considérations économiques se conjuguent à des raisons sociales – la nécessité pour les familles ouvrières de disposer de deux salaires dans une période de pénurie – mais aussi à des motifs proprement politiques. En 1946, alors que les femmes votent pour la première fois, le préambule de la Constitution affirme que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Ce principe de l'égalité des droits sera le fondement de la nullité des clauses visant à restreindre l'emploi des femmes mariées, notamment la clause de célibat des hôtesses de l'air.

On peut aussi dater de l'immédiat après-guerre les premières manifestations de la lutte contre les discriminations syndicales. Certes, la Confédération Générale du Travail avait obtenu de la Confédération générale de la Production Française, en 1936, la signature d'un texte – les accords Matignon – dans lequel les employeurs reconnaissent le droit pour les travailleurs d'adhérer librement à un syndicat professionnel et s'engageaient à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions. Ce texte n'avait toutefois aucune valeur contraignante et les licenciements ou les refus d'embauche des notoirement syndiqués avaient perduré.

Des améliorations ont toutefois été apportées en 1945 pour les élus des comités d'entreprise, en 1946 pour les délégués du personnel, puis en 1968 pour les délégués syndicaux. Dans les trois cas, les représentants du personnel ne peuvent être licenciés qu'après accord de l'inspection du travail. Ce dispositif, toujours en vigueur aujourd'hui, ne concerne toutefois que les salariés titulaires d'un mandat représentatif et ignore les syndiqués de base. Il a par ailleurs longtemps été contourné par les employeurs au moyen des instances qu'ils intentaient en résolution judiciaire du contrat de travail avant que la jurisprudence puis une loi de 1982 ne viennent l'interdire. Si la situation dans l'entreprise est aujourd'hui meilleure pour les représentants du personnel, leur liberté de changer d'emploi est

²⁴. L. des 18 février 1938 et 22 septembre 1942.

beaucoup plus incertaine de même que celle des simples ouvriers syndiqués, dès lors que leur engagement est connu de leurs employeurs potentiels.

La situation des étrangers au regard du principe de la liberté du travail repose sur des bases différentes. L'édit de Turgot de 1776 prévoyait déjà qu'il devait s'appliquer « même aux étrangers ». Cette situation va perdurer jusqu'à la fin du XIXe siècle, dans un contexte de faible immigration²⁵. Les premiers textes restrictifs datent de 1883, avec l'obligation qui leur est faite de se faire enregistrer auprès de la commune dans laquelle ils travaillent, et de 1899, date à partir de laquelle est limité le nombre d'étrangers employés dans des entreprises effectuant des travaux pour le compte de l'État.

Le XXe siècle voit l'apparition de politiques publiques d'immigration qui oscillent entre ouverture, dans les périodes de pénurie de main d'œuvre, et fermeture, dans les périodes de chômage²⁶. Dans les deux cas, il ne saurait être question de liberté du travail pour les étrangers. Ceux qui désirent travailler en France doivent posséder les papiers nécessaires délivrés par les autorités administratives. Il ne leur est cependant pas interdit de changer d'emploi.

Si l'accès des étrangers à l'emploi est limité du fait de leur nationalité, il ne saurait cependant dépendre de caractéristiques qui peuvent lui être liées. À cet égard, le tournant date de la loi du 1^{er} juillet 1972 qui déclare coupable de délit « toute personne qui, sauf motif légitime, aura refusé d'embaucher ou aura licencié une personne en raison de son origine ou de son appartenance ou de son non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ou aura soumis une offre d'emploi à une condition fondée sur l'origine, l'appartenance ou la non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. »

L'évolution postérieure du droit relatif aux discriminations repose sur trois aspects marquants. Le premier est l'élargissement des incriminations. L'article L. 122-45 du Code du travail interdit ainsi les mesures discriminatoires vis-à-vis de toute personne « en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de

²⁵. D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, 256 p.

²⁶. V. Viet, *Histoire des Français venus d'ailleurs : de 1850 à nos jours*, Paris, Perrin, 2003, 373 p. ; G. Noiriél, *Le creuset français : histoire de l'immigration (XIXe-XXe siècle)*, Paris, Seuil, rééd. 2006, 447 p.

ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Il s'en faut pourtant de beaucoup pour que ces prescriptions soient toujours respectées. Elles se heurtent en effet au principe de « l'employeur, seul juge », notamment en matière de recrutement, et à la difficulté pour la personne discriminée de prouver la réalité du fait discriminatoire.

C'est pourquoi – et c'est le deuxième aspect marquant –, le législateur a cherché à rendre effective l'égalité de traitement par des mesures procédurales. Au terme d'une évolution initiée par l'Union européenne et prolongée par la Cour de cassation, la loi du 16 novembre 2001 a décidé que le salarié qui allègue une discrimination directe ou indirecte présente au juge les éléments de fait qui en laissent supposer l'existence, qu'il importe ensuite à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination et que c'est enfin le juge qui forme sa conviction, au besoin en ordonnant les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Ce texte opère donc un renversement de la charge de la preuve puisque c'est désormais à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement.

Le troisième trait significatif de cette évolution est l'apparition, depuis les années 1980, de dispositifs (mal) dits de discrimination « positive », inspirés de la méthode de l'*affirmative action* américaine. Le but est de compenser l'inégalité par des mesures favorisant la liberté du travail réelle de catégories discriminées. En France, cette politique a pris le plus souvent la forme de quotas d'emplois réservés aux handicapés ou aux femmes dans le cadre de plans d'égalisation soutenus financièrement par l'État.

2. Le développement des politiques de l'emploi

Pour la Doctrine contemporaine, le principe de la liberté du travail est vain s'il ne s'accompagne pas de mesures permettant aux chômeurs de trouver un emploi. Au XIXe siècle, et si l'on excepte la parenthèse de la Révolution de 1848 et des Ateliers nationaux, il ne s'agit pas d'une préoccupation des pouvoirs publics.

Jusqu'à la Première Guerre mondiale, l'État a une politique du travail (durée,

hygiène et sécurité, travail des femmes et des enfants) alors que les entreprises ont une politique de la main-d'œuvre (embauchage, apprentissage ou formation sur le tas, salaire, productivité, congédiement).²⁷

L'apparition d'une politique publique de l'emploi date de la Première Guerre mondiale. Elle prend, au XXe siècle, des dimensions très variées. Il s'agit d'abord d'organiser le placement de la main-d'œuvre. Dans ce domaine, l'évolution va être caractérisée par la suppression progressive des bureaux payants et un rôle accru de l'État qui va culminer avec la création en 1967 de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) dont le monopole vient d'être supprimé en 2005.

La politique de l'emploi peut aussi prendre des aspects répressifs. Il en va ainsi de la lutte contre le travail clandestin, sanctionné pénalement depuis 1940. C'est aussi en 1940 qu'est instituée la limitation du cumul d'emplois au-delà de la limitation maximale de la durée du travail. On comprend bien, en effet, que celui qui occupe deux emplois puisse être accusé de prendre la place d'un chômeur et de limiter ainsi sa liberté du travail. Le monde du travail a cependant bien changé depuis la seconde guerre mondiale et on peut se demander si la loi du 11 octobre 1940, d'application difficile, n'a pas été tacitement abrogée par la législation récente sur la durée du travail²⁸. Par ailleurs, elle constitue un frein au développement de la pluriactivité qui peut apparaître dans certains cas comme un remède au sous-emploi²⁹.

Les développements récents de la politique de l'emploi empruntent d'autres chemins. Depuis l'apparition d'un chômage de masse dans les années 1970, les pouvoirs publics ont mis en place des dispositifs de traitement social du chômage visant à favoriser le recrutement de catégories de salariés ayant des difficultés à trouver ou à retrouver un emploi. Ces dispositifs ont principalement consisté à créer des emplois aidés et à baisser le montant des charges sociales. Une autre voie a été empruntée avec la réduction du temps de travail et la limitation légale de la durée du travail à 35 heures. Ces solutions ont cependant montré leurs limites suscitant par là-même de nouveaux débats sur la liberté du travail.

B. – Vers une libération du travail ?

²⁷. DARES, *40 ans de politique de l'emploi*, Paris, La Documentation française, 1996, p. 17.

²⁸. J. Savatier, « Cumul d'emplois et limitation de la durée du travail », *Droit social*, n° 9/10, septembre-octobre 1984, pp. 554-556.

²⁹. L. Casaux, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 231, 1993, 404 p.

Les auteurs ayant consacré à la liberté du travail les articles les plus récents l'envisagent tous de manière large. D'autres, comme Alain Supiot, vont encore plus loin et réclament une véritable politique de libération du travail. Selon celui-ci, en effet, même si la liberté du travail n'a rien perdu de son bien fondé face aux repliements corporatistes, elle doit être entendue désormais non à l'aune du principe d'égalité mais à celui du principe de solidarité. Pour lui, le droit à l'emploi ne peut se traduire que sous une forme indemnitaire. Or, « la liberté du travail ne peut [...] se résoudre en argent. Sa reconnaissance concrète signifierait la possibilité pour chacun d'exister par ses œuvres, c'est-à-dire de développer ses capacités personnelles dans une activité utile à la collectivité. Une telle perspective conduit à fonder la politique du travail sur la personne du travailleur, et non plus sur de supposés débiteurs d'emploi. Autrement dit, il s'agirait de ne plus concevoir le travailleur comme "ressource humaine", comme objet de gestion, mais au contraire comme un sujet, à l'institution duquel l'État et les entreprises doivent être subordonnés »³⁰. On le voit, l'ambition est immense puisqu'il s'agit de repenser radicalement la notion de travail en l'envisageant de manière très large (incluant le travail domestique ou le travail bénévole) et d'un point de vue non exclusivement utilitariste.

Cette réflexion, initiée dans un article de la revue *Droit social* publié à l'occasion du bicentenaire de la Révolution française, va connaître des prolongements très intéressants dans un ouvrage issu des travaux d'un groupe d'experts réuni à la demande de la Commission européenne et dirigé par Alain Supiot. L'ouvrage qui en est issu, significativement intitulé *Au delà de l'emploi*³¹, part du constat de la transformation du travail (autonomisation accrue, développement de la relation de service) et de celle du capital (financiarisation, mondialisation) et de leurs conséquences néfastes (précarisation, destruction des protections attachées au statut salarial) pour prôner un dépassement de la traditionnelle opposition entre ceux qui pensent que cette évolution est inéluctable et qu'il faut s'adapter et ceux qui arguent d'un devoir de résistance pour conserver des statuts stables.

Ce livre rejette ces deux solutions pour prôner une troisième stratégie consistant à réinstitutionnaliser le rapport de travail. L'objectif est de concilier les nouveaux

³⁰. A. Supiot, « Le travail, liberté partagée », *Droit social*, n° 9/10, sept.-oct. 1993, p. 721.

³¹. A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, 321 p.

impératifs de « la libération du travail avec le besoin non moins impératif qu'à tout travailleur de jouir sur la longue durée d'un état professionnel, qui libère justement ses capacités d'initiative individuelle³² ». Dans cette perspective, la liberté du travail doit s'entendre comme une liberté concrète, celle de travailler ou de ne pas travailler, d'avoir le choix – réel – de s'occuper de ses enfants en bas âge, de se former, etc., ce qui implique que le droit du travail devra prendre en compte dans l'avenir la diversité des formes de travail expérimentées dans la vie humaine.

L'un des grands mérites de ce rapport est que l'analyse théorique est sous-tendue par une connaissance fine du droit du travail en vigueur dans les différents pays européens. Son caractère prospectif repose sur la constatation que cette figure juridique nouvelle est déjà émergente à travers la montée en puissance de dispositifs aussi variés que les crédits d'heures dont bénéficient les représentants du personnel, les congés spéciaux et les droits d'absence, qui se sont multipliés ces dernières années, le crédit-formation, le compte épargne temps, les aides aux chômeurs créateurs d'entreprise, les chèques formation, etc. Tous ces dispositifs présentent en effet une double caractéristique commune : d'une part, ils sont référés au travail en général (travail dans la sphère familiale, travail bénévole, travail de formation, travail indépendant, travail d'utilité publique, etc.) ; d'autre part, s'ils sont liés à une créance antérieure, leur réalisation relève de la libre initiative de leur titulaire et non pas de la survenance d'un risque. Alain Supiot propose de les définir comme autant de droits de tirage sociaux dont la mise en œuvre obéirait à deux objectifs : la libération du temps et le financement d'un travail hors marché (collectif).

À la suite de ce rapport, d'autres travaux ont cherché à approfondir les voies qu'il traçait. Chez les économistes, Robert Salais explore la voie des capacités, au sens du prix Nobel d'économie Amartya Sen, parce que « la liberté du travail ainsi tracée, pour ne pas demeurer strictement procédurale, doit être conditionnée à la capacité d'en faire réellement bon usage pour soi et pour la collectivité »³³. Des programmes de recherche sur ce thème sont soutenus par l'Union européenne dans le cadre du cinquième puis du sixième programme-cadre de recherche technologique. Un autre économiste, Bernard Gazier, réfléchit quant à lui, à la

³². *Ibid.*, p. 55 et 56.

³³. R. Salais, « Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne ? », *Droit social*, n° 5, mai 1999, p. 467. Voir aussi Robert Salais et Robert Villeneuve, *Développer les capacités des hommes et des territoires*, Lyon, éditions du réseau ANACT, 2006, 455 p.

suite de l'économiste allemand G. Schmidt, sur la notion de "marchés transitionnels", positions d'activité aux marges de l'emploi (période de formation, congé parental, etc.) qui deviennent ici des transitions qu'il s'agit de sécuriser localement par une mobilisation de tous les acteurs concernés³⁴.

Ces travaux de recherche ont fait l'objet de nombreuses lectures critiques. Tout en reconnaissant la richesse des propositions du rapport Supiot, Robert Castel a attiré l'attention sur les problèmes de financement et sur la question des acteurs susceptibles de porter un tel projet dans une perspective progressiste. Plus fondamentalement, il constate que le rapport ne tranche pas nettement entre l'idée qu'il faut dépasser l'emploi et celle qu'il faut s'efforcer de conserver les garanties de l'emploi. Le risque n'est-il pas trop important de « lâcher la proie pour l'ombre »³⁵ ?

Thomas Coutrot exprime la même idée d'une autre façon en soulignant, selon l'expression consacrée, que l'enfer peut être pavé de bonnes intentions. Considérant que le rapport Supiot sous-estime la cohérence du régime néo-libéral, il craint qu'il n'aboutisse à des résultats contraires à ceux espérés par les auteurs « en renforçant la balkanisation des marchés du travail »³⁶.

Plus récemment, Christophe Ramaux a remis en cause les présupposés du rapport en expliquant que les emplois ne sont pas plus instables aujourd'hui qu'hier – l'ancienneté moyenne dans l'emploi était de 11, 1 années en France en 2000 contre 9,5 en 1980 – et que ce sont surtout les formes de la mobilité qui ont changé, avec plus de mobilités contraintes et moins de mobilités volontaires³⁷.

Ces débats, d'abord confinés aux milieux universitaires, ont aujourd'hui pris une grande place sur la scène publique. Certes, on parle davantage de sécurité sociale professionnelle ou de flexicurité que de droits de tirage sociaux. Néanmoins, la problématique reste la même : comment concilier la liberté et la sécurité. La plupart des confédérations syndicales françaises revendiquent aujourd'hui la sécurité sociale professionnelle (ou la sécurisation des trajectoires

³⁴. B. Gazier, *Tous sublimes : vers un nouveau plein emploi*, Paris, Flammarion, 2003, 374 p.

³⁵. R. Castel, « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », *Droit social*, n° 5, mai 1999, pp. 438-442.

³⁶. T. Coutrot, « 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux. Du mauvais usage des bonnes idées... », *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 1999, pp. 659-668.

³⁷. Ch. Ramaux, *Emploi : éloge de la stabilité. L'État social contre la flexicurité*, Paris, Mille et une nuits, 2006.

professionnelles) et les deux principaux partis politiques (le parti socialiste et l'Union pour un Mouvement Populaire) prévoient de l'inscrire dans leur programme pour l'élection présidentielle de 2007.

Derrière cet unanimité se cachent en réalité des divergences importantes. Les libéraux mettent davantage l'accent sur la liberté d'entreprendre et la nécessité d'accélérer la fluidité du marché du travail pour faire face aux exigences de la compétitivité internationale. Au niveau européen, le rapport Wim Kok, ancien Premier ministre des Pays-Bas, plaide pour le développement des emplois temporaires, l'augmentation de l'attrait du travail à temps partiel, l'interruption du contrat de travail sans préavis ni coûts excessifs. Certes, il préconise également de faciliter la « portabilité des droits acquis » en matière de retraite ou de santé mais c'est aussitôt pour ajouter que ce ne serait possible que dans le cadre d'une modernisation des systèmes de protection sociale. De même la formation tout au long de la vie ne serait envisageable que si certaines formations [étaient dispensées] en dehors [des] heures de travail ».38

En France, la principale recommandation du rapport Cahuc-Kramarz, qui retient l'expression sécurité sociale professionnelle, est la création d'un contrat de travail unique à contraintes allégées39 alors que les deux idées phares du rapport de Virville sont la création d'un contrat de projet ou de mission dont la durée serait celle du projet et la facilitation du recours au travail indépendant.40

Au bout du compte, et jusqu'à maintenant, la traduction de ces idées dans le droit positif a plutôt porté sur le volet flexibilité que sur le volet sécurité des travailleurs. La mise en œuvre du Contrat nouvelles embauches, un dispositif réservé aux entreprises de moins de vingt salariés qui permet à l'employeur de licencier sans motif pendant deux ans, va dans ce sens. Par contre, celle du Contrat première embauche, de même nature mais destiné cette fois aux moins de 26 ans, s'est heurtée à de vives résistances au printemps 2006, notamment chez les étudiants, et a dû être abandonnée par le gouvernement.

38. W. Kok (éd.), *L'emploi, l'emploi, l'emploi. Créer plus d'emplois en Europe*, rapport de la Task Force pour l'emploi, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004, 93 p.

39. P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité professionnelle : rapport au ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie et au ministre de l'Emploi, du travail et de la cohésion sociale*, Paris, La Documentation française, 2004, 202 p.

40. M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Paris, ministère des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, 2004, 117 p.

L'évolution du concept de liberté du travail témoigne de sa grande élasticité. Au XXe siècle, sa signification initiale s'est peu à peu transformée pour intégrer le droit *au* travail alors que la liberté du commerce et de l'industrie, celle de l'employeur, s'était réduite avec le développement du droit *du* travail. En ce début de XXIe siècle, elle est de nouveau employée dans son sens ancien. Il s'agit de libérer le marché du travail, non pas évidemment des jurandes et autres communautés de métier, mais des avantages acquis et des rigidités qui pèsent sur les entreprises et entravent leur compétitivité. Exemple très récent : dans un entretien au quotidien *Le Figaro* du 25 juin 2006, le député Pierre Lellouche demande, à propos du travail du dimanche, « que l'on rétablisse, en face du principe du repos dominical, celui au moins aussi fondamental de la liberté du travail ».

La variation de son usage peut surprendre et dérouter, mais elle témoigne surtout qu'un tel principe, aussi fondamental soit-il, n'est pas immuable et est soumis à l'évolution de la vie économique et sociale et aux lectures très différentes qui peuvent en être faites.

Le 8 septembre 2006

Jean-Pierre Le Crom

Directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique
Droit et changement social (UMR 6028, CNRS et université de Nantes)
