

SUBORDINATION ET « RÉVOLUTIONS » DU TRAVAIL ET DU DROIT DU TRAVAIL (1776-2010)

Philippe Lefebvre

ESKA | *Entreprises et histoire*

2009/4 - n° 57
pages 45 à 78

ISSN 1161-2770

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-entreprises-et-histoire-2009-4-page-45.htm>

Pour citer cet article :

Lefebvre Philippe, « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail (1776-2010) », *Entreprises et histoire*, 2009/4 n° 57, p. 45-78. DOI : 10.3917/eh.057.0045

Distribution électronique Cairn.info pour ESKA.

© ESKA. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

SUBORDINATION ET « RÉVOLUTIONS » DU TRAVAIL ET DU DROIT DU TRAVAIL (1776-2010)

par Philippe LEFEBVRE

Centre de Gestion Scientifique
École des Mines ParisTech

L'introduction du contrat de travail en doctrine juridique remonte à 1886¹. Ce fut une révolution pour le droit². Mais, en la resituant dans l'histoire longue du travail et des relations de travail, l'article montre comment elle a en fait été provoquée par l'émergence de la hiérarchie à partir des années 1860, puis poursuivie pendant un demi-siècle par de multiples inventions en actes. Et de même que le droit a formé le concept de « contrat de travail » pour faire face aux réalités inédites qu'il affrontait à la fin du XIX^e siècle, de même est-il appelé aujourd'hui à inventer de nouveaux concepts pour faire face aux défaillances du contrat de travail et aux renouvellements du travail.

Face au renouvellement intense des formes du travail et de son environnement depuis un tiers de siècle, et au développement de problèmes et enjeux nouveaux de grande ampleur (exigence croissante d'autonomie dans le travail, brouillage des frontières entre travail salarié et travail indépendant, enjeu de flexi-sécurisation des parcours professionnels, nouveaux risques de santé au travail, etc.), le droit du travail apparaît de plus en plus inadapté. En particulier, sa pierre angulaire fondatrice, le « contrat de travail », caractérisé centralement par la notion

de « subordination », est la cible de critiques fortes et croissantes.

Cela soulève au moins deux questions essentielles. Si la notion de contrat de travail est de plus en plus discutée, voire remise en cause, comment s'est forgée cette notion dans l'histoire, à quelle logique profonde a obéi sa construction et dans quelle mesure cette logique est-elle vraiment, *in fine*, incompatible avec les réalités et enjeux actuels ? La deuxième question est simple elle aussi : les critiques actuelles annoncent-elles l'entrée dans une nouvelle ère du droit

¹ Je remercie chaleureusement Jean-Pierre Le Crom et Francis Hordern pour les échanges que nous avons eus avant rédaction de cet article.

² A. Cottereau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^e siècle) », *Annales HSS*, novembre-décembre 2002, p. 1521-1557.

du travail ? Surtout, à partir de quels éléments raisonnés, de quelle compréhension de la dynamique de transformation dans la longue durée du droit du travail (et des rapports de cette histoire du droit avec l'histoire du travail), serait-il possible de donner un avis argumenté sur cette question ?

Cette invitation à un retour sur les liens entre l'histoire du droit du travail (et plus précisément l'histoire du contrat de travail) et l'histoire du travail s'effectue au moment où, depuis deux décennies, l'une et l'autre ont connu de sensibles avancées et où récemment, en 2002, à la croisée de ces deux histoires, est apparue sous la plume d'Alain Cottureau³ une thèse originale très stimulante, qui semble assez partagée aujourd'hui : celle de l'importance du louage d'ouvrage au XIX^e siècle, avant le véritable « coup de force dogmatique » d'Ernest Glasson en 1886, qui projette le droit du travail dans une ère nouvelle, celle du contrat de travail, que nous connaissons jusqu'à aujourd'hui.

C'est par rapport à cette thèse que nous entendons construire et situer cet article.

Dans la première partie, nous dirons notre plein accord avec la thèse de Cottureau concernant le premier XIX^e siècle, celui de la première révolution industrielle, en offrant une lecture de l'histoire de la hiérarchie et du travail dans les grands établissements industriels (usines, mines, manufactures) qui rejoint la lecture novatrice de l'histoire du droit du travail proposée par Cottureau à partir des prudhommes. Contre l'histoire admise de la hiérarchie et de la subordination dans la grande industrie, contre les référents paradigmatiques offerts par Smith, Marx, Foucault et Chandler – ou contre la lecture qui en est faite –, nous montrerons, en nous appuyant sur un vaste matériau historique et sur une relecture critique de ces auteurs, que la réalité du travail dans la grande industrie répond bien aux critères du contrat de louage d'ouvrage (autonomie ouvrière dans le travail,

contrat seulement sur les résultats) et en quoi cette situation est parfaitement rationnelle, tant du point de vue économique que du point de vue social, dans les établissements industriels des principaux secteurs de la première révolution industrielle.

Dans la seconde partie, nous discuterons de l'interprétation de ce que Cottureau appelle le « coup de force dogmatique » de Glasson (1886), tournant cardinal dans l'histoire du droit du travail qui conduit, d'une part, à imposer brutalement une nouvelle lecture rétrospective du Code civil de 1804 (et, plus généralement, du droit du travail au XIX^e siècle), d'autre part, à imposer la notion nouvelle de « contrat de travail ». L'interprétation par Cottureau de ce tournant fondateur est fortement critiquable. Premièrement, le tournant de 1886 en matière d'exégèse de la place du travail dans le droit civiliste au XIX^e siècle n'est nullement soudain, il est préparé de longue date : vingt ans de transformations de la hiérarchie et, avec elle, du travail dans l'industrie l'ont précédé, de sorte que ce prétendu « tournant » n'est pas même discuté. Deuxièmement, 1886 n'est pas un coup de force : c'est la proposition, certes audacieuse, d'une notion partiellement nouvelle, le « contrat de travail », et surtout le point de départ d'un long processus collectif d'exploration et d'invention juridiques autour de cette notion de « contrat de travail », un processus dont on peut dater la fin... un demi-siècle plus tard, en 1936. Troisièmement, en parallèle de ces explorations juridiques – qui tentent de répondre à la « question ouvrière » en s'interrogeant sur les modalités d'intervention juridique de l'État entre patrons et ouvriers –, les entreprises se lancent pour leur part dans des explorations gestionnaires de ce que pourrait signifier créer une hiérarchie viable entre patrons et ouvriers en vue de répondre, elles aussi, à la question ouvrière. Contrairement à ce qu'affirme Cottureau, le droit ne précède pas les innovations gestionnaires en matière de commandement et

³ *Ibid.*

subordination : les deux processus d'innovation, juridique et gestionnaire, se déploient simultanément et il ressort de leur analyse que, partant d'un même problème, ces explorations parallèles ne sont pas substituables mais complémentaires.

Dans la troisième partie, nous proposons une modélisation sommaire de l'histoire du droit du travail de 1776 à 2009 afin de qualifier dans quel moment nous nous situons aujourd'hui. Nous proposons alors de distinguer, depuis l'Ancien Régime, deux grands cycles ou « révolutions » du droit du travail (1776-1886 et 1886-1998), chacun composé de trois phases ou « moments » : un moment d'exploration juridique initié par une proposition conceptuelle majeure en réponse aux problèmes du temps, un moment de relative stabilisation juridique autour des formes d'instanciation/caractérisation de ce concept, un moment enfin de mise en crise progressive de ce concept, tant en raison de l'éloignement croissant des réalités du travail vis-à-vis de cette conceptualisation que de l'incapacité du droit, dans le cadre du paradigme alors prévalant, à appréhender les nouveaux risques et enjeux associés au travail. Nous expliquons sur ces bases pourquoi nous pensons que nous sommes entrés, depuis 1998, avec une série d'initiatives conceptuelles – et même législatives ou conventionnelles – autour de la notion de « statut professionnel des personnes »⁴, dans une nouvelle « révolution » du droit du travail, en rupture avec le « contrat de travail » que nous avons connu jusqu'alors.

I. 1791-1866 : DROIT DU TRAVAIL CIVILISTE-COUTUMIER ET TRAVAIL INDUSTRIEL PROTO-ORGANISÉ

1. L'histoire du droit du travail en révolution : de la domination supposée du « louage de service » au primat du « louage d'ouvrage »

a) *Le silence du droit*

Comme l'indiquent le titre d'un article publié en 1991, « L'histoire du droit du travail existe-t-elle ? », et celui d'un colloque plus récent, tenu à Aix-en-Provence en 2000, « Construction d'une histoire du droit du travail », l'histoire du droit du travail est un domaine dont l'étude scientifique est encore très récente⁵. Dans ce champ encore neuf, les questions n'ont pas reçu une égale attention et Jean-Pierre Le Crom notait en 2001⁶ qu'on s'était intéressé jusqu'alors surtout au droit des relations collectives (syndicats, négociations collectives, etc.) mais très peu à l'histoire du droit des relations individuelles et, notamment, très peu à celle qui va nous occuper dans cet article : l'histoire du contrat de travail.

⁴ A. Supiot (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, 1998.

⁵ F. Hordern, « L'histoire du droit du travail existe-t-elle ? », in *Histoire sociale et du droit social*, Cahiers de l'Institut Régional du Travail, Université de la Méditerranée Aix-Marseille II, n° 3, 1991, p. 121-127 ; F. Hordern (dir.), *Construction d'une histoire du droit du travail*, Cahiers de l'Institut Régional du Travail, n° 9, 2001.

⁶ J.-P. Le Crom « L'histoire du droit du travail : une importante évolution depuis une vingtaine d'années », in F. Hordern (dir.), *Construction...*, *op. cit.*, p. 283-286.

Qu'on s'y soit peu penché n'a nullement empêché que, pendant des décennies, des convictions affirmées et largement partagées circulent à son égard, tant dans l'histoire plus générale du droit que dans l'histoire du travail ou dans les représentations de chacune. Si ces convictions exprimées par exemple dans les introductions historiques des manuels de droit du travail⁷, ont tant duré, c'est bien sûr que des arguments solides plaident en leur faveur. Ainsi, pendant un siècle, de la fin du XIX^e à la fin du XX^e siècle, la thèse dominante à propos du XIX^e siècle français a été celle d'un silence quasi-complet du droit sur la question du travail, exception faite de deux articles du Code civil (1804), les articles 1780 et 1781.

Cette thèse a été si unanimement partagée que, pour ceux qui voulaient faire avancer le savoir, la question n'était pas de la mettre en doute mais de fournir de ce silence la meilleure interprétation. Ainsi, rappelant que ce débat d'interprétation remontait au moins à 1904, premier centenaire du Code civil, Alain Supiot avançait en 1994, dans sa *Critique du droit du travail*, une explication qui s'appuyait sur les sources mêmes du Code⁸. L'oubli du travail dans le Code civil de 1804 ne relevait pas de l'inexistence des ouvriers à cette époque, comme l'avait prétendu une argumentation historique, mais d'une raison idéologique formulée ainsi par Raymond Saleilles dès 1904 : ce Code « ne visait guère que le droit des biens et par suite il n'était que pour ceux qui en avaient » (et non pour les travailleurs). « C'est le Code des possédants », ajoute A. Supiot qui, aussitôt, complète cette interprétation appelée « idéologique » d'une argumentation logique, en restituant en quoi « ce silence gardé sur le travail [...] répondait à une logique rigoureuse dans l'esprit des auteurs du Code

civil ». S'appuyant sur les travaux préparatoires du Code civil et plus précisément sur l'intervention du rapporteur Mouricault, Supiot explique : « Pour le codificateur de 1804, il n'y avait donc pas de lacune du Code civil en matière de relation de travail puisque cette relation se trouvait soumise aux principes applicables aux contrats en général, et au louage des choses en particulier ». Cette logique, telle que restituée et formulée par Supiot, reposait donc sur deux idées : le travail était assimilable à une chose ; la relation de travail relevait du contrat⁹.

Reprenons. Assimiler le travail à une chose, c'est le réduire à l'une de ses formes, la catégorie du travail peu noble – travail servile, travail de subsistance, travail journalier, travail des gens de bras, etc. –, et exclure l'autre visage du travail : le travail comme œuvre, comme mouvement d'expression-construction d'humanité. Le législateur de 1804 aurait donc considéré le travail sous une forme et non sous l'autre. « Le Code civil [...] assimile la relation de travail à l'une des formes du louage : le louage de services »¹⁰. Pourquoi cela ? Dans le raisonnement suivi jusqu'ici, deux raisons au moins peuvent être invoquées : d'abord, le travail comme simple prestation s'insère plus aisément dans le projet d'un « droit des biens », fait pour les possédants, que le travail comme œuvre ; ensuite, si depuis l'Antiquité et le droit romain, les deux faces du travail ont toujours été reconnues, distinguant le travail servile (de « valeur abstraite », « réductible à une simple quantité, à une valeur mesurable en temps et en argent ») et le travail de l'homme libre (qui « ne se donnait à voir qu'au travers de ces œuvres »), « c'est seulement avec la Révolution industrielle que la diversité des travaux humains a commencé à se fondre dans une même valeur abstraite »¹¹.

⁷ Cf. F. Hordern, « L'histoire du droit du travail existe-t-elle ? », *art. cit.*

⁸ Les passages évoqués ici et les citations extraites se trouvent dans A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 45-47.

⁹ A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰ *Ibid.*, p. 45.

C'est donc logiquement sur le louage de service que se focalise l'analyse de Supiot et que, s'agissant de la relation de travail au XIX^e siècle, il emploie toujours l'expression de « louage de service » ou la rétablit au besoin quand, en citant d'autres auteurs, le terme de louage se trouve employé seul, de manière trop ouverte¹². L'autre forme de travail (et de louage) existe en effet, elle est même reconnue par le Code civil à l'article 1787 mais elle renvoie, explique Supiot, « à notre contrat d'entreprise »¹³. Il est clair ainsi que, comme cela a été noté par divers auteurs depuis un siècle environ, au « louage d'industrie » – terme suggestif (industrie) employé par Pothier pour désigner le « louage de services » – s'oppose le « louage d'ouvrage »¹⁴. Au XIX^e siècle, sur les 2281 articles du Code civil, le travail (industriel) ne relève donc que de deux articles sur le louage de service. Un quasi-silence¹⁵.

Un silence logique, malgré tout. Car, seconde idée forte dégagée par Supiot, dans le Code civil, la relation de travail relève du contrat, donc – point essentiel – de la liberté contractuelle. « De là se déduit positivement le droit pour les parties de définir elles-mêmes les termes de leur échange, et de conférer par exemple à l'une un pouvoir réglementaire sur l'autre (règlements d'atelier, qui deviendront les règlements intérieurs) et négativement la prohibition de toute intervention extérieure sur cette définition, qu'il s'agisse d'une intervention de la profession organisée (d'où « l'anéantis-

ment des corporations », pour reprendre la formule de la loi Le Chapelier [en 1791], et l'incrimination des coalitions) ou de l'intervention de la puissance publique (d'où le refus de toute disposition réglementant la durée du travail ou le montant du salaire) »¹⁶. La discrétion du droit civiliste répond donc à la liberté des parties, une liberté qui interdit l'intervention de l'État, qui proscriit l'organisation collective et qui laisse ouverte la possibilité qu'une des parties réglemente les actions de l'autre, voire les sanctionne (y compris avec des amendes) en cas de manquement. Cette liberté formelle n'est-elle pas au fondement d'iniquités réelles, compte tenu de l'inégalité de situation des contractants ? En 1829, la question était déjà posée par Saint-Amand Bazard, appelant une réponse sans équivoque : « Cette transaction est-elle libre de la part de l'ouvrier ? Elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie »¹⁷. La loi, supposée organiser la liberté (formelle) des parties ou la préserver, s'aveuglait donc pudiquement. Plus, elle contribuait directement à la dissymétrie des parties. En effet, l'extrême discrétion du Code civil pouvait aussi s'expliquer, rappelle Supiot, par le fait que le législateur était déjà intervenu, sur la question du travail, à travers la loi du 22 germinal an XI (1803) relative aux manufactures, fabriques et ateliers, réglementant les obligations des patrons et ouvriers. Très connue des juristes et historiens du travail, notamment pour

¹¹ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, février 2000, p. 131.

¹² A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 45-52.

¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴ *Ibid.*, p. 52-53.

¹⁵ Et une obscurité profonde, devrait-on ajouter. Pour qui s'intéresse à la codification juridique de la relation de travail au XIX^e siècle, éclairer la notion de « louage de service » est un impératif. L'éclairer, en restituer la logique car, explique Supiot, de « l'alignement du louage de services sur le louage de choses, c'est-à-dire l'alignement du droit du travail sur le droit des biens », découle cette formidable question : comment le Code civil « parvient[-il] à faire du travail un bien négociable (i. e. une marchandise), tout en conférant au travailleur la qualité de sujet (i. e. d'homme libre) » ? (A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 50 et 51). Tel sera l'objet central de la première partie de la *Critique du droit du travail*, « La personne et la chose », qui embrasse le droit du travail au XIX^e siècle et au-delà.

¹⁶ A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷ S.-A. Bazard, *Doctrine de Saint-Simon*, Paris, Au bureau du *Globe*, 1829, t. I, p. 75.

avoir instauré le livret ouvrier, cette loi est ainsi commentée par Supiot : « non pas droit civil régissant des rapports entre égaux mais règlementation de police [...] visant à organiser la surveillance des classes laborieuses [...]. Le livret ouvrier permettait en effet à la police et aux patrons de contrôler étroitement la main-d'œuvre, et l'interdiction des coalitions était soumise à un régime discriminatoire, favorable aux patrons »¹⁸.

Partant début XIX^e siècle avec ce brevinaire étique : contrat de louage de service, règlements patronaux d'atelier, interdiction de coalition des ouvriers, livret ouvrier, la construction du droit du travail et, par suite, le récit de son histoire ne pouvaient guère être, au-delà de variations sensibles dans l'interprétation, que celles d'un progrès¹⁹. Et l'histoire du passage du Code civil (1804) au Code du travail (1910), du contrat de louage de services au contrat de travail, ne pouvait guère relever que du trajet menant « de la police au droit »²⁰.

C'est cette histoire qui s'est effondrée. Le récit qu'on vient de faire, pourtant séculaire, repris et enrichi par les meilleurs esprits, vient de céder. Alain Cottureau, au terme de son retentissant article, a donné droit de cité à une autre histoire du droit du travail²¹.

b) Silence ou cécité ? Ce que l'histoire du droit du travail n'avait pas vu

Spécialiste de sociologie historique, notamment de la mise à l'épreuve du droit du travail par les acteurs que ce droit concerne le plus directement (ouvriers et patrons), Cottureau a dénoué les fils de cette histoire et redonné au tout une nouvelle trame.

Commençons par la déconstruction du récit convenu. Cottureau part des conflits qui opposent, dans les années 1870 et 1880, des agents des chemins de fer à leurs compagnies, suite à la saisie par ces dernières de leurs cotisations à la retraite – dans des conditions certes prévues au règlement intérieur mais jugées discutables. « L'indignation de l'opinion publique était à son comble », explique Cottureau, interpellant de fait la justice²². Contre les avis des conseils de prud'hommes, tribunaux civils et cours d'appel, la Cour de cassation avait en effet jugé légales ces confiscations dans la mesure où, conformément au Code civil, « tout règlement d'entreprise était censé être une convention consentie par implication du fait même d'être embauché »²³. C'est pour sauver le Code civil qu'Ernest Glasson, professeur

¹⁸ A. Supiot, *Critique...*, *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁹ Progrès lié aux lumières du législateur, selon le discours apparemment dominant jusqu'au milieu du XX^e siècle ? Progrès lié aux manœuvres réformistes du législateur, sapant les tendances révolutionnaires de la classe ouvrière, ou progrès lié aux luttes sociales, voire aux luttes des classes sociales – selon les interprétations diverses florissantes dans les années 1960 et 1970 (cf. F. Hordern, « L'histoire du droit du travail existe-t-elle ? », *art. cit.*, p. 121-127) ? Ou progrès lié, plus largement, aux transformations de la société de discipline analysée par Foucault et conduisant, dans la sphère du droit, « du silence à la parole », selon le titre du bel ouvrage de Jacques Le Goff, pionnier en matière d'histoire du droit du travail dans les années 1980 (J. Le Goff, *Du silence à la parole : droit du travail, société, État 1830-1985*, Quimper, Calligrammes, 1985, 3^e éd. remaniée, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004) ? La perspective que nous proposons en fin d'article est un peu différente : c'est moins celle d'un progrès continu que de longs cycles ou « révolutions » du droit du travail, en cohérence avec de grandes configurations historiques du travail et des questions qu'il soulève dans la société.

²⁰ L'expression est reprise d'un autre ouvrage pionnier du droit du travail (un très long article, en fait) : F. Hordern, « Du louage de services au contrat de travail ou de la police au droit (XVIII^e-XX^e siècle) », in *Histoire sociale et du droit social*, *op. cit.*, p. 1-120.

²¹ A. Cottureau, « Droit et bon droit... », *art. cit.*, p. 1521-1557.

²² *Ibid.*, p. 1522.

²³ *Ibid.*, p. 1523. Sur ce point de droit, voir l'analyse éclairante de N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Paris, PUF, 1999, p. 36-37.

de droit civil et membre de l'Académie des sciences morales et politiques, propose de le réformer dans une intervention célèbre à l'Académie, éditée dans les séances et travaux de l'Académie et publiée parallèlement en ouvrage. Là commence l'antienne du « silence » du Code civil à propos du travail. « Pourquoi le Code civil a presque entièrement oublié l'ouvrier de la grande industrie ? » – interroge en effet Glasson en ouverture de son allocution. Laissons Cottureau poursuivre : dans tout ce texte, « Glasson présuppose comme allant de soi que les ouvriers de la grande industrie n'étaient concernés que par le 'louage de service' – des deux articles 1780 et 1781. Or, du point de vue de la jurisprudence des années 1790-1886, c'est une énorme contre-vérité. Au sein des justices de paix, des conseils de prud'hommes, des tribunaux de commerce, il allait de soi que la plupart des ouvriers – de la grande comme de la petite industrie – relevaient du 'louage d'ouvrage' proprement dit et non du 'louage de services', c'est-à-dire, notamment, des treize articles de la section du Code civil sur les 'Devis et marchés' (art. 1787 à 1799) et non des deux articles sur les domestiques et gens de travail »²⁴. La réduction du travail dans le Code civil à deux articles seulement et son assimilation au louage de service relèvent donc de lectures tardives, opérées près d'un siècle après l'instauration de ce Code, et sans égard aucun pour la manière dont, jusque-là, ce Code avait été interprété par la jurisprudence. C'est en ce sens que Cottureau avance l'idée d'un « coup de force dogmatique », initié par Glasson.

Mais l'histoire véritable, quelle est-elle ? Pour le comprendre, il faut repartir d'assez loin, du XVIII^e siècle et de la critique géné-

ralisée de la soumission non seulement des domestiques et journaliers, mais aussi des compagnons, comme l'a montré Michael Sonenscher²⁵. La critique du système de subordination associé aux corporations conduit, explique Cottureau, à dénoncer un « faux louage » et à lui opposer l'idée d'un « véritable louage » qui s'affranchirait de la subordination. La Révolution s'inscrit dans le droit fil de cet affranchissement et, « après mars 1791, les justices de paix, au nom de l'équité, refusèrent de reconnaître toute validité aux plaintes patronales pour cause de désertion ou d'insubordination »²⁶. À travers ses différents projets, le Code civil de 1804 apparaît fidèle à cette idée que le vrai louage est à l'opposé de la subordination et le lien du louage d'ouvrage aux treize articles sur les Devis et marchés apparaît nettement²⁷. Enfin, tout en distinguant trois sortes de louage (le louage des voituriers s'intercalant entre le louage de services et le louage d'ouvrage), « le Code civil tirait le louage de service des domestiques et journaliers vers la liberté du louage d'ouvrage, sans aller jusqu'à l'alignement complet. Le coup de force de Glasson fit l'opération inverse : tirer le louage d'ouvrage des ouvriers vers le louage de service »²⁸. Avec ce nouveau récit, exhumé des lectures rétrospectives déposées par le temps, le travail retrouve sa place dans le Code civil, beaucoup plus importante qu'on ne le pensait.

L'histoire ne s'arrête pas là. Fidèle à son point d'entrée, les prud'hommes, Cottureau souligne la remarquable convergence entre « le droit » (la légalité, incarnée par le texte du Code civil et interprétée en dernière instance par la Cour de cassation) et « le bon droit » (la légitimité, souvent liée aux usages et appréhendée à travers les pru-

²⁴ A. Cottureau, « Droit et bon droit... », *art. cit.*, p. 1525.

²⁵ M. Sonenscher, *Work and wages. Natural law, politics and the eighteenth century French trade*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

²⁶ *Ibid.*, p. 1537.

²⁷ *Ibid.*, p. 1543.

²⁸ *Ibid.*, p. 1544.

d'hommes), de la Révolution à la fin du Second Empire. Après des conflits initiaux entre donneurs d'ouvrage d'un côté, preneurs d'ouvrage de l'autre (ouvriers) – sur les règlements intérieurs et leur caractère contraire aux usages, sur la légitimité de la présence du donneur d'ouvrage sur le lieu de travail –, le « principe du contrôle du travail demeura le résultat, après marchandage, et non la surveillance de la conduite. Si bien que les règlements intérieurs disparurent presque tous et ne commencèrent à réapparaître qu'un demi-siècle plus tard »²⁹. La possibilité pour les patrons d'édicter des règlements intérieurs, prévue par la loi du 22 germinal an XI (1803) relative aux manufactures, tombe de fait rapidement en désuétude. Pareillement, l'attention portée aux usages permet de voir que dès 1791, malgré la loi Le Chapelier, se développent entre patrons et ouvriers, dans divers métiers, des accords collectifs sur les tarifs qui sont validés et publiés par la Ville de Paris – une pratique qui se diffuse et existe dans beaucoup d'autres municipalités³⁰. Quoiqu'on l'ait oublié par la suite, la loi Le Chapelier n'était donc pas incompatible avec l'existence de relations collectives organisées, ancrées sur les usages préexistants. Enfin, toujours à scruter les usages, on s'aperçoit que la loi de 1803 instaurant le livret ouvrier « fut considérée localement comme facultative par les employeurs et les

ouvriers », malgré les plaintes des préfets sur son inexécution³¹.

Silence du droit remplacé par un pouvoir patronal de police, contrat de louage de service, règlements intérieurs unilatéraux, interdiction des formes ouvrières d'action collective, puissance de contrôle – policière et patronale – sur la main-d'œuvre, via le livret ouvrier, tels sont les éléments de représentation habituels qui se trouvent mis en pièces par l'analyse de Cottureau. Lui sont substitués d'autres personnages : l'importance des contrats de louage d'ouvrage au XIX^e siècle, un Code civil respectueux du travail, une législation civiliste qui n'ignore pas l'importance des usages (loi du 22 germinal an XI, qui instaure notamment les chambres consultatives des métiers), une loi Le Chapelier qui s'accommode d'accords collectifs, enfin des livrets et des règlements d'atelier qui ou bien déclinent ou bien sont détournés et, fondamentalement, se plient aux usages et à la force du « bon droit ».

Sans être neuf de bout en bout, puisque certains éléments (pas tous) contraires à l'histoire admise avaient déjà été mis en évidence³², le récit de Cottureau possède indéniablement une puissance et une fraîcheur rares – étonnantes. C'est la première fois que prend forme sous nos yeux une nouvelle histoire du droit du travail au XIX^e siècle, la première fois qu'un récit d'ensemble, inédit,

²⁹ *Ibid.*, p. 1547.

³⁰ *Ibid.*, p. 1531-1532.

³¹ *Ibid.*, p. 1539.

³² Divers éléments de l'ancienne représentation du droit du travail avaient déjà été mis en cause par l'analyse historique, les règlements intérieurs et le livret ouvrier surtout. Cf. G. Bloy, « Un espace et un temps pour les ressources humaines : le rôle des règlements d'atelier dans la formation du collectif de travail et de l'appartenance à l'entreprise », *Entreprises et Histoire*, n° 26, décembre 2000, p. 31-44 ; J. Fombonne, *Personnel et DRH. L'affirmation de la fonction Personnel dans les entreprises (France 1830-1990)*, Paris, Vuibert, 2001. Pour un recensement ordonné de ces critiques, cf. P. Fridenson, « La subordination dans le travail : les questions de l'historien », in J.-P. Chauchard & A.-C. Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination dans le travail*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 63-66 en particulier. Pour sa part, Marie-Laure Morin avait déjà souligné l'existence et l'importance des louages d'ouvrage dans le Code civil, ainsi que leur intérêt pour approcher le travail industriel au XIX^e siècle : M.-L. Morin, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in A. Supiot (dir.), *Le travail... op. cit.*, p. 124-144 ; M.-L. Morin (dir.), *Prestation de service et activité de travail*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 36-40.

offre de cette histoire une lecture profondément nouvelle et convaincante³³.

2. L'histoire du travail en interrogation : de la « surveillance despotique » (Marx, Foucault) à la « faiblesse hiérarchique »

a) La nouvelle histoire du droit du travail en butte à l'histoire du travail et de la hiérarchie d'atelier

Le nouveau récit proposé par Cottureau, logique et très stimulant, soulève néanmoins de redoutables difficultés. Comment le louage d'ouvrage, signe de liberté dans l'exécution du travail, peut-il l'emporter au XIX^e siècle, y compris dans la grande industrie, alors même qu'avec la Révolution industrielle le travail est divisé, surveillé, encadré ? Comment adhérer à l'idée d'un primat du louage d'ouvrage à une époque où le travail est non seulement étroitement divisé, comme en témoigne l'analyse pionnière d'Adam Smith dès la fin du XVIII^e siècle, mais également soumis au rythme des machines dans les usines et soumis au regard constant ou imprévisible des agents du maître – surveillants et contremaîtres ?

La nouvelle histoire du droit du travail proposée par Cottureau, séduisante, ne se heurte-t-elle pas tout simplement à l'histoire

du travail ? À l'histoire des entreprises, également ? Et si Cottureau ne les évoque pas dans son article, ne faut-il pas rappeler malgré tout quelques-uns des résultats essentiels de l'histoire du travail et des usines au cours de la Révolution industrielle ? De Marx à Chandler (en passant par Foucault), de l'histoire du travail à celle des entreprises, un consensus sans appel existe : non seulement la hiérarchie d'usine existe à cette époque, ce qui est normal dans des établissements d'assez grande taille, mais son action de direction, de surveillance et de discipline du travail au service des propriétaires du capital est extrêmement développée, resserrée. Parce que le profit dépend de l'obtention d'un surtravail, selon l'analyse marxienne. Parce que le débit (de production) exige une telle maîtrise, selon l'analyse chandlerienne.

Tant et si bien que Marx se demande si les usines ne devraient pas être appelées des « bagnes modérés »³⁴. Que Foucault évoque la « discipline d'atelier » et ses « machines disciplinaires »³⁵. Que Chandler, parlant des chefs d'atelier, les qualifie de « despotes »³⁶.

Face à ces analyses étonnamment convergentes et constamment nourries par l'historiographie, comment entendre l'histoire du droit du travail proposée par Cottureau ? Comment concilier son récit, séduisant, et la démonstration, mille fois répétée depuis Marx par mille travaux d'histoire du travail, des effets disciplinaires de la mécanisation, de la féminisation/infantilisation du travail, de la dépendance économique des ouvriers, de la hiérarchie d'usine déve-

³³ Pour cela, il avait fallu produire, en rupture avec le savoir convenu, différents éléments originaux ; saisir les liens entre ces éléments ; proposer sur ces bases un nouveau récit d'ensemble ; donner à sentir la logique de ce nouveau récit en restaurant la logique de construction du Code civil sur le travail, comme réponse à la dénonciation de la subordination dans le cadre corporatif du XVIII^e siècle ; déconstruire, enfin, la mythologie jusque-là admise comme histoire.

³⁴ K. Marx, *Le Capital*, Paris, Garnier-Flammarion, 1969 (1867), t. I, p. 306.

³⁵ M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 222-223. Sur le positionnement vis-à-vis de Marx, Foucault écrit : « La division du travail et l'élaboration des procédés disciplinaires ont entretenu un ensemble de rapports très serrés ».

³⁶ A. D. Chandler, *La main visible des managers*, Paris, Economica, 1988, p. 298.

loppée, avec ses surveillants et ses sous-officiers³⁷ ?

b) Une nouvelle histoire de la hiérarchie et de la subordination

C'est cette histoire de la hiérarchie d'usine – l'histoire admise, incontestée, elle aussi séculaire et appuyée sur les plus grands auteurs – que nous avons contribué à faire voler en éclats. Nous avons montré que cette histoire indiscutée était fautive, mythologie crédible tenant lieu de savoir, et qu'une autre histoire de la hiérarchie d'usine et de la subordination, presque opposée, était plus convaincante, empiriquement mieux étayée et beaucoup plus logique au regard des réalités économiques et sociales de l'époque³⁸. Est-ce possible ? Comment – et pourquoi ?

Pourquoi : nous ne l'avons nullement visé, nous avons même visé le contraire³⁹. Comment ? Pour démontrer la thèse pour nous d'abord acquise, celle d'une hiérarchie assez développée, commandant ou surveillant le travail ouvrier dans les manufactures et usines de la Révolution industrielle, nous nous sommes centré sur les secteurs de grande industrie majeurs au cours de cette période (fin XVIII^e-début XX^e siècle) : le coton, les mines de charbon, la métallurgie (primaire et secondaire) – auxquels nous avons ajouté l'indienne⁴⁰ et les industries

de construction mécanique⁴¹. Au sein de chacun de ces secteurs, nous avons travaillé à partir de l'ensemble des monographies historiques d'entreprise produites jusqu'alors – que nous avons analysées, comparées puis confrontées à d'autres sources et travaux : études historiques transverses portant sur un secteur, bien sûr, études de l'industrie dans une région, études historiques thématiques, enquêtes industrielles et ouvrières de l'époque, témoignages d'industriels et témoignages d'ouvriers de l'époque. C'est ce même matériau que plus tard, une autre hypothèse cheminant, nous avons relu, comparé, vérifié, étendu pour défendre finalement une thèse opposée à celle initialement visée⁴². Quelle est cette thèse ?

Sur les bases empiriques indiquées, la thèse que nous défendons est la suivante : faible hiérarchie, forte autonomie. A la faiblesse de la supervision répond la faiblesse de la subordination – et cela jusqu'à la fin du Second Empire. Pendant toute la première Révolution industrielle, les grands établissements industriels (usines, manufactures, mines) ne connaissent pas de division du travail poussée, leurs moyens de coordination et de contrôle du travail sont extrêmement faibles, l'organisation de leurs opérations industrielles est très lâche, leurs effectifs hiérarchiques sont extrêmement réduits, l'autonomie ouvrière au travail est très grande. La hiérarchie d'alors n'est pas l'acteur de surveillance et de commandement du travail

³⁷ Ces quatre éléments (mécanisation, féminisation/infantilisation, dépendance économique, hiérarchie), auxquels il faut ajouter les « codes de fabrique » (règlements d'atelier) et l'extorsion de plus-value sont les éléments cardinaux qui permettent à Marx d'étayer l'idée de « surveillance despotique ».

³⁸ Ph. Lefebvre, *L'invention de la grande entreprise. Travail, hiérarchie, marché (France, fin XVIII^e-début XX^e siècle)*, Paris, PUF, 2003.

³⁹ Nous voulions expliciter les mécanismes par lesquels, au XIX^e siècle, la grande industrie naissante, s'appuyant notamment sur sa hiérarchie, avait obtenu – bon gré, mal gré – obéissance et subordination des ouvriers. C'est en cherchant à travers quantité de travaux et documents historiques les éléments empiriques qui viendraient démontrer, par le fait, cette thèse pour nous acquise que nous avons peu à peu douté. Les preuves recherchées, nous ne les trouvions pas. Les affirmations, les interprétations, les arguments avancés en faveur de la thèse que nous entendions défendre nous réconfortaient. Mais nous les trouvions fragiles, le plus souvent rapides, insuffisamment étayés, voire discutables. Jusqu'au jour où, en cherchant toujours, une autre hypothèse a commencé à germer.

⁴⁰ Secteur majeur dans le décollage industriel de la France avant la Première Révolution industrielle.

⁴¹ Secteur majeur au cours de la Deuxième Révolution industrielle.

⁴² Ph. Lefebvre, *L'invention... , op. cit.*

ouvrier qui est souvent décrit – pas plus qu'elle n'est un instrument d'action fiable pour les directions des entreprises. Parfois, après la tentation initiale d'y recourir, on renonce finalement à la hiérarchie en raison des difficultés trop grandes qu'elle soulève et qu'on ne sait pas résoudre. À tel point que – contre l'idée de « surveillance despotique » de Marx, contre celle de « discipline d'atelier » de Foucault, contre celle de chefs d'atelier « despotes » de Chandler –, il faut, si l'on suit les éléments empiriques disponibles, défendre une thèse il est vrai étonnante : celle d'une faiblesse hiérarchique et d'une grande autonomie ouvrière dans les établissements de grande industrie jusqu'en 1870 environ. Cette situation, qui peut paraître paradoxale, est non seulement viable mais parfaitement rationnelle, tant socialement qu'économiquement : à tel point qu'elle est dominante dans les grandes entreprises des secteurs industriels majeurs de cette période, de la fin du XVIII^e siècle à la fin du Second Empire (nous verrons plus loin ce qu'il en est après, au-delà de cette première période)⁴³.

L'argumentation empirico-historique du modèle « faible hiérarchie/forte autonomie » – aussi riche, étayée, vérifiée et recoupée soit-elle – ne saurait suffire pour emporter l'adhésion. Il faut comprendre avant tout – sans quoi, même devant l'évidence foisonnante des faits (ou des archives), l'esprit

résiste. Comment comprendre, donc, la logique profonde de ce modèle ?

Deux lignes d'argumentation se rejoignent à cet effet, tout juste esquissées ici mais largement développées ailleurs⁴⁴. La première consiste à montrer la forte consistance, interne et externe, de ce modèle. D'abord, si la hiérarchie est faible, notion que nous avons précisée⁴⁵, c'est que l'autonomie ouvrière, précisée également⁴⁶, est forte et qu'elle remplace par avance l'action de la hiérarchie sur ses divers aspects de rôle potentiels⁴⁷. Ensuite, l'importance de l'autonomie ouvrière jusque dans les usines est cohérente avec les conditions sociales et économiques de l'époque : elle prolonge l'indépendance ouvrière et/ou paysanne dans la réalisation du travail, issue de l'Ancien Régime ; l'absence de contrôle direct de la fabrication par les directions ou patrons est cohérente avec les critères de rentabilité des entreprises dans cette période ; enfin, le rôle de « travail intellectuel » des contremaîtres, qu'on pourrait juger limité du point de vue actuel, constitue à l'époque une avancée considérable (par rapport à l'ancien face-à-face entre ouvriers et propriétaire du capital) et préfigure le rôle futur des ingénieurs dans l'entreprise⁴⁸.

La seconde ligne d'argumentation consiste à dévoiler où, par-delà l'immense qualité de leurs travaux, résident les erreurs respectives de Marx, de Foucault et de

⁴³ La mise en évidence et l'explication de ce paradoxe font l'objet de la première partie de notre livre, p. 23-137.

⁴⁴ Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 91-137.

⁴⁵ Hiérarchie faible signifie faiblesse numérique (en valeur relative) et rôle limité de cette hiérarchie : son rôle se concentre pour l'essentiel à cette époque sur un seul des sept aspects de rôle hiérarchique que nous avons distingués, le dernier de ceux mentionnés ci-après : orientation du travail, intensification-surveillance du travail, allocation du travail, contrôle ex post du travail, gestion de la main d'œuvre, gestion des flux dans l'atelier, mise en place des conditions de réalisation du travail ouvrier (*L'invention...*, *op. cit.*, p. 119-129).

⁴⁶ Cette autonomie ouvrière renvoie à trois formes d'organisation du travail : métiers dans l'usine, équipes et marchés divers dans l'usine (tâcheronnats, marchandages collectifs, salaires aux pièces au sens fort). Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 102-114.

⁴⁷ Ces aspects de rôle sont listés note 44. Pour une démonstration de cette proposition, cf. Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 102-114 et 125-129.

⁴⁸ *L'invention...*, *op. cit.*, p. 115-119 et 130-136. La notion de « travail intellectuel » est reprise de Marx.

Chandler sur la hiérarchie et la subordination. La logique de l'erreur, à chaque fois différente – spéculation chez Marx⁴⁹, projet généalogique chez Foucault⁵⁰, naturalisation de la hiérarchie d'atelier par omission chez Chandler⁵¹ – a été analysée et restituée dans une série de publications auxquelles nous renvoyons⁵².

La thèse défendue ici (faible hiérarchie, forte autonomie), fondement d'un nouveau récit de l'histoire de la hiérarchie et du travail au XIX^e siècle, s'accorde donc pleinement avec la nouvelle histoire du droit du travail proposée par Cottureau. Hasard de l'histoire, ce nouveau récit a été publié en même temps que l'article de Cottureau⁵³.

II. 1866–1936 : DE LA QUESTION OUVRIÈRE À SES RÉPONSES : INVENTION DU CONTRAT DE TRAVAIL, INVENTION DE LA HIÉRARCHIE MODERNE

La notion de « contrat de travail » proposée par Glasson en 1886, plus qu'une notion

claire à adopter ou à rejeter, constitue une proposition conceptuelle audacieuse. Le concept est intéressant parce que, partant d'un problème nouveau à l'époque (la question ouvrière), il en donne une interprétation juridique (l'oubli des ouvriers dans le Code civil) avant de tenter d'apporter une réponse sur ce plan (l'introduction de la notion de « contrat de travail »). Il est insuffisant toutefois puisque ce concept – même si Glasson tente de l'orienter, en le rapprochant du contrat de louage de service – est très ouvert : il reste à explorer et à préciser. C'est précisément ce qui va se passer dans le demi-siècle qui suit son énonciation par Glasson. De 1886 à 1936, il faut un demi-siècle d'intenses travaux doctrinaux, débats parlementaires et controverses sur la jurisprudence pour parvenir à une relative stabilisation de l'interprétation de la notion de contrat de travail en droit (section 1).

Mais comment comprendre la forte réceptivité des juristes à l'idée, pourtant fautive, que le Code civil ait oublié les ouvriers et que le travail ait relevé avant tout, au XIX^e siècle, du contrat de louage de service ? Peut-on vraiment croire, avec Cottureau, que Glasson ait imposé à la fin du XIX^e siècle une nouvelle lecture, erronée, du Code civil ?

⁴⁹ Chez Marx, la mise en scène de la hiérarchie d'usine relève de la spéculation : aucune argumentation empirique précise sur cette hiérarchie (ses effectifs, son rôle) mais une suite implacable d'arguments très vraisemblables (sur la mécanisation, sur la féminisation, sur l'armée de réserve, sur le profit dépendant du sur-travail, etc.) et néanmoins faux, pas toujours éloignés de la vérité mais dont la teneur précise est suffisamment différente de la réalité pour avoir des conséquences en réalité très différentes de celles supputées par Marx (et beaucoup moins disciplinaires).

⁵⁰ Par-delà l'assez récente contestation historique de diverses interprétations faites par l'auteur de *Surveiller et punir*, nous avons montré que : 1° conformément au projet généalogique, ce que Foucault appelle « discipline d'atelier » dans *Surveiller et punir* ne se compose volontairement que de procédés disciplinaires qui ne sont pas propres à l'atelier mais renvoie à des techniques *liminaires* (conditions de possibilité) au déploiement ultérieur de la discipline d'atelier cette fois spécifique ; 2° dans ses derniers écrits (*Dits et écrits*, IV), Foucault a renoncé à la notion de discipline d'atelier. Sur ces points, cf. Ph. Lefebvre, « Foucault et la discipline d'atelier : problèmes soulevés par une contribution originale », in A. Hatchuel *et alii* (dir.), *Gouvernement, organisation et gestion : l'héritage de Michel Foucault*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2006, p. 179-213.

⁵¹ Ne s'intéressant pas précisément au travail ouvrier et à ses tâches, comme il l'avoue lui-même, Chandler ne peut voir la répartition des tâches entre ouvriers et hiérarchie d'atelier et est dès lors porté à prêter à celle-ci, dès la première Révolution industrielle, des caractères modernes qu'elle ne développera qu'au cours de la Seconde Révolution industrielle : *L'invention...*, *op. cit.*, p. 8-16.

⁵² Cf. Ph. Lefebvre, « Au-delà de Chandler et de Williamson : marchés et hiérarchie dans l'atelier », in M. Saboly et L. Cailluet (dir.), *Marché(s) et Hiérarchie(s)*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 33-64 ; *L'invention...*, *op. cit.*, p. 5-16 et 91-99 ; « Foucault et la discipline d'atelier... », *art. cit.*

⁵³ *L'invention de la grande entreprise* est paru en janvier 2003, l'article de Cottureau est sorti en novembre-décembre 2002.

Sinon, que cache cette large acceptation (section 2) ?

Enfin, au moment où Glasson invoque l'oubli des ouvriers par le droit et donc par l'État, les penseurs de l'industrie soulignent avec force l'oubli des ouvriers par les patrons, l'abandon des ouvriers aux contremaîtres dans le cadre de la grande industrie. Simple hasard ? Pas tout à fait : dans les deux cas, cet oubli est vu comme l'origine majeure de la « question ouvrière ». Et dans les deux cas, on tente de parer à cet oubli, d'un côté en inventant le « contrat de travail », de l'autre en inventant la hiérarchie moderne (section 3).

1. 1886-1936 : le « contrat de travail », un concept novateur en quête d'instanciation/caractérisation

a) Le « contrat de travail », une subite révolution ?

Le « contrat de travail » constitue-t-il une subite révolution juridique ou doctrinale ? On peut en douter. L'idée de contrat de travail avancée par Glasson n'est pas à proprement parler un « coup de force dogmatique », selon l'expression de Cottureau, sauf à préciser que les coups de force ne rencontrent pas forcément le succès ou que ce qu'ils proposent pourra être largement discuté, modifié, débattu, enrichi, transformé par la suite. Au moment où elle est présentée, l'idée de contrat de travail ne forme pas en effet une théorie bien constituée, complète et cohérente, qui emporterait ou pourrait prétendre emporter rapidement l'adhésion sur son passage – contrairement à ce qui semble se pas-

ser, selon Cottureau, pour la lecture du Code civil proposée au même moment par Glasson. Cette notion de « contrat de travail », encore à préciser et à enrichir, est d'abord loin de faire l'unanimité. Elle reste longtemps très discutée, certains la trouvent vide de sens, beaucoup lui préfèrent celle, ancienne, de contrat de louage (de services, le plus souvent) et, à regarder, il s'en faut de loin qu'elle soit adoptée rapidement par le droit.

On peut, pour tenter d'abord de suivre la diffusion et l'usage de cette notion (avant de s'intéresser ensuite aux débats plus conceptuels sur la notion), distinguer son emploi en doctrine juridique, son usage dans la loi, enfin son instanciation dans la jurisprudence.

En matière doctrinale, la première thèse de droit employant l'expression de « contrat de travail » est soutenue en 1893, à Grenoble⁵⁴, suivie rapidement d'autres ; le premier *Traité de législation industrielle*, celui de Paul Pic, paraît en 1894⁵⁵ et consacre une longue partie à l'étude de ce qu'il appelle pour sa part les « contrats industriels » ; et c'est en 1905 seulement, c'est-à-dire vingt ans après que la notion a été proposée pour la première fois par Delecroix, inspirateur de Glasson, que la Société d'Études Législatives entame ses réflexions en vue d'un projet de loi sur le contrat de travail.

En matière législative, le premier emploi de l'expression de « contrat de travail » est relativement précoce : 1901 (loi du 18 juillet destinée à garantir travail et emploi aux réservistes). Mais cela restera le seul emploi de l'expression pendant très longtemps. Il faudra attendre 1973 pour que, en droit civil, l'expression de « contrat de travail » se substitue à celle de contrat de louage⁵⁶. Dans

⁵⁴ M. Glatard, *Du contrat de travail français*, Lyon, Imprimerie de Mougins-Rusand, 1893.

⁵⁵ D. Bayon et L. Frobert, « Lois ouvrières et réformisme social dans l'œuvre de Paul Pic (1862-1944) », *Le Mouvement Social*, n° 201, octobre-décembre 2002, p. 53-80.

⁵⁶ F. Soubiran-Paillet, « Expertise juridique, expertise sociale et réglementation du contrat de travail au début du XX^e siècle », in *Histoire du contrat de travail (I)*, Cahiers de l'Institut Régional du Travail, Université de la Méditerranée Aix-Marseille II, n° 12, 2004, p. 26 ; S. Erbès-Seguin, « Le contrat de travail ou les avatars d'un concept », *Sociologie du travail*, n° 1, 1983, p. 1-14.

l'intervalle, le livre I du Code du travail comporte un titre II, intitulé « Du contrat de travail » et dans ses dispositions générales, quand il reprend la loi de 1890 sur la rupture du contrat de louage d'ouvrage, il substitue à cette expression celle de « contrat de travail ». La longue faiblesse d'usage effectif de la notion de contrat de travail dans la législation contraste avec l'intensité des débats sur l'avenir de la législation industrielle et la multiplicité de ses lieux de débat⁵⁷. « Surtout, jusqu'à nos jours, il n'y aura pas de définition légale du contrat de travail »⁵⁸.

Finalement, la loi restant muette, c'est à la jurisprudence qu'il reviendra de définir le contrat de travail, i. e. ses critères. La Cour de cassation fait preuve avant tout d'empirisme dans l'examen des situations, d'où, pendant des décennies, une grande « plasticité » dans les critères du contrat de travail⁵⁹. Il faudra attendre 1932, soit près d'un demi-siècle après le premier emploi de l'expression, pour que se stabilisent quatre critères de caractérisation du contrat de travail⁶⁰.

b) La longue invention de la notion de contrat de travail

De fait, formuler l'expression de « contrat de travail », c'est proposer à la doctrine juridique d'accomplir un pas immense. Non pas en avançant une notion ciselée, au contenu nouveau clairement développé et

aux conséquences articulées, mais en affirmant avec force que les réalités du travail et les problèmes qu'il soulève sont dans un tel décalage avec le droit en vigueur qu'il convient désormais de forger, autour d'un concept nouveau encore à formuler (et dont l'idée de « contrat de travail » est une des formulations possibles), de nouveaux instruments juridiques. Lancer l'expression de « contrat de travail » en la lestant de crédibilité, c'est comprendre et faire comprendre que la situation est si profondément nouvelle que des catégories nouvelles de pensée et d'action sont requises – sans pour autant savoir exactement lesquelles. L'idée de « contrat de travail », ouverte à de multiples incarnations possibles, apparaît plus comme l'énoncé d'un problème à résoudre que comme une solution. Elle témoigne de l'urgence d'inventer des réponses à une série de questions d'ampleur nouvelle, incontournables et émanant d'un foyer commun : le travail (accidents du travail, hygiène et sécurité, retraites, pour ne citer que les plus saillantes de ces questions).

Face à l'énoncé de ce problème, très vite de multiples positions se dessinent⁶¹. Une première ligne de fracture oppose ceux, rapidement majoritaires, qui adhèrent à l'idée d'un problème nouveau de grande ampleur et les autres. Une deuxième ligne de fracture oppose ceux pour qui les bases du Code civil, et notamment l'idée d'égalité des parties et

⁵⁷ Rien que pour la période 1900-1914, F. Soubiran-Paillet, « Expertise... », *art. cit.*, p. 24 relève ainsi « la Commission du Travail à la Chambre des Députés, l'Office du travail et la Direction du travail, le Conseil Supérieur du Travail, la Commission de codification des lois ouvrières, la Commission d'Hygiène Sociale, le Musée social ».

⁵⁸ J.-P. Le Crom, « Retour sur une 'vaine querelle' : le débat subordination juridique-dépendance économique dans la première moitié du XX^e siècle », in J.-P. Chauchard & A.-C. Hardy-Dubernet (dir.), *La subordination...*, *op. cit.*, p. 73 ; cf. aussi F. Horder, « L'histoire du droit du travail... », *art. cit.*

⁵⁹ D'où l'idée de vaine querelle entre subordination et dépendance, défendue par H. Groutel dès 1978 : H. Groutel, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978. Sur cette plasticité, cf. O. Tholozan, « La plasticité du critère du contrat de travail dans la rhétorique du Palais », in *Histoire du contrat de travail (2)*, *op. cit.*, p. 47-61.

⁶⁰ Ces quatre critères portent sur la régularité du travail comme principal source de gain, la prise et l'exécution du travail à date fixe, le travail seul ou du moins sans tirer bénéfice du travail d'autres, les conditions de contrôle du travail une fois achevé (O. Tholozan, « La plasticité... », *art. cit.*, p. 52).

⁶¹ Sur ces débats doctrinaux, cf. J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004, en particulier les articles de P.-Y. Verkindt et L. Bonnard-Plancke, de N. Hakim, de Y. Le Gall, de O. Tholozan, de F. Soubiran-Paillet.

donc de responsabilité partagée entre patron et ouvrier face aux nouveaux problèmes (accidents, retraite, etc.), doivent pour l'essentiel être conservées et ceux pour qui, compte tenu de la dissymétrie de la relation, l'un (le patron) doit assumer la responsabilité des risques qu'il fait encourir à l'autre (l'ouvrier). Cette opposition, très vive, apparaît d'emblée, avant même que l'expression de « contrat de travail » soit avancée pour la première fois. C'est d'ailleurs pour parer à cette seconde option, « interventionniste » (i. e. favorable à une intervention de l'État entre patrons et ouvriers), qu'Émile Delecroix se lance, en 1885, dans une « étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs » – des ouvriers pour qui les problèmes relatifs à la durée du travail, à la création de conseils de prud'hommes, à l'hygiène et la sécurité du travail, aux accidents du travail, à la maladie et enfin à la vieillesse, pour reprendre les objets successifs des sections de cette étude, se posent avec une acuité particulière. Le propos de Delecroix est de mettre en garde contre l'abandon des principes civilistes (égalité, responsabilité partagée) en matière de travail. Voici comment lui-même le présente : « Presque à chaque pas dans la suite de cette étude, en discutant les propositions de loi relatives au travail, aux accidents industriels, aux caisses de maladie, aux institutions de prévoyance pour la vieillesse nous retrouverons toujours la doctrine de l'intervention du législateur [...] dans le contrat que passent le maître et l'ouvrier pour l'exécution d'un travail [...]. Si la théorie était exprimée sous cette forme, beaucoup sauraient s'en défendre ; mais elle se glisse, se cache, s'insinue dans les propositions de lois que nous allons étudier [...]. La réunion des différents projets de loi, leur étude et leur comparaison dans un même

cadre, fera mieux comprendre la gravité d'une concession, si minime qu'elle soit, sur le terrain de la liberté des conventions »⁶². Ce débat entre interventionnistes et libéraux autour du contrat de travail est, on s'en doute, d'importance cardinale, d'autant que les prises de position à son égard permettent souvent de prédire les prises de position sur d'autres points importants qui feront débat un peu plus tard (sur le fait de savoir si le droit du travail en élaboration relève du Code civil, en sort au contraire pour constituer un droit « autonome » ou occupe une position intermédiaire, dite « particulière », au sein du Code civil⁶³ ; sur le fait de savoir si le contrat de travail est individuel ou collectif, question soulevée notamment par les questions de grève et de conventions collectives⁶⁴). Aussi ce débat interventionnisme-libéralisme a-t-il été documenté, étudié et commenté dans divers travaux récents d'histoire du droit du travail⁶⁵. Soulignons que ce débat autour du contrat de travail apparaît extrêmement tôt – si l'on ose dire, puisqu'en fait la chronologie est inverse : c'est en prenant part à ce débat qu'Émile Delecroix, inspirateur de Glasson, avance l'expression de « contrat de travail ».

La troisième ligne de fracture oppose les tenants d'une caractérisation des situations de contrat de travail à partir de critères de « subordination » et ceux qui lui préfèrent des critères de « dépendance économique ». Ce débat s'étale sur près d'un demi-siècle, des premiers projets de loi sur les accidents du travail et les retraites (années 1880) jusqu'au début des années 1930. Il est parfois difficile de se retrouver dans ce débat, compte tenu de la grande élasticité de la notion de subordination juridique, du fait qu'elle a été parfois combinée avec celle de dépendance économique, elle-même de contenu variable, et que les positions de la doctrine, du législa-

⁶² É. Delecroix, « Le contrat de travail. Étude des propositions de lois concernant les ouvriers mineurs », *Revue de la législation des mines*, 1885, p. 67-68.

⁶³ F. Soubiran-Paillet, « Expertise... », *art. cit.*, p. 21-26.

⁶⁴ F. Hordern, « Contrat de travail et droit de grève », in *Histoire du contrat de travail (1)*, *op. cit.*, p. 87-97.

⁶⁵ F. Soubiran-Paillet, « Expertise... », *art. cit.*, p. 28-32.

teur et de la jurisprudence, souvent différentes, ont connu des évolutions dans le temps⁶⁶. Dans son « retour sur [cette] vaine querelle », J.-P. Le Crom a mis de l'ordre dans la compréhension de ce débat⁶⁷ et son analyse aide à dater le moment où l'invention du contrat de travail est à peu près achevée et où commence une autre période, celle qu'on pourrait appeler la période de la société salariale. L'enjeu de ce débat subordination-dépendance est de savoir qui peut bénéficier des lois sociales, à qui elles s'appliquent. Pour comprendre ce débat, ses variations dans le temps et selon les acteurs, deux considérations sont essentielles⁶⁸. La première consiste à raisonner selon la nature des risques contre lesquels la loi entend protéger : certains sont immédiatement liés à l'activité de travail (comme les accidents de travail), d'autres sont des risques plus éloignés de l'activité de travail (vieillesse ou maladie, par exemple). Pour les premiers, le raisonnement doctrinal et législatif s'appuie pour l'essentiel sur la notion de subordination (cf. les débats au fondement de la loi de 1898 sur les accidents du travail et ses termes), tandis que pour les seconds le raisonnement s'appuie logiquement plus sur la notion de dépendance économique (cf. la loi de 1910 sur les retraites ou celles de 1928-1930 sur les assurances sociales des travailleurs). La seconde considération consiste à poser que les vues concernant le champ d'application de ces lois de protection peuvent être restrictives ou au contraire très compréhensives. Ainsi, tandis que la loi de 1898 sur les accidents du travail a été raisonnée par le législateur dans les termes d'une exposition directe au danger, la jurispuden-

ce va l'appliquer d'abord en s'appuyant sur l'idée de dépendance technique de l'ouvrier vis-à-vis du patron dans l'exécution du travail puis, dans un second temps, elle va l'appliquer de façon beaucoup plus large, en substituant cette fois la notion de lien de subordination juridique à celle de dépendance technique⁶⁹. À l'inverse, pour prendre un exemple opposé, alors qu'après débat le législateur avait finalement pensé les lois sur les assurances sociales de 1928-1930 de manière à les appliquer de façon large et s'était appuyé pour cela sur le critère de dépendance économique (et non de subordination, comme l'aurait voulu une fraction du Sénat), la Cour de cassation indique dans deux décisions importantes de 1931 et 1932 que « la dépendance économique ne peut [...] servir de criterium pour déterminer les obligations que la loi met à la charge de l'employeur »⁷⁰ et stabilise ainsi la notion de contrat de travail autour de celle de subordination, instanciée par quatre critères⁷¹.

Le contenu de la notion de contrat de travail se stabilise donc seulement au début des années trente. Mais, en réponse à la vision restrictive de la Cour de cassation concernant le champ d'application des lois, l'administration réagit par un décret-loi d'octobre 1935 mis en application le 1^{er} janvier 1936 par lequel sont bénéficiaires de la loi sur les assurances sociales non seulement les salariés (ceux qui relèvent du contrat de travail) mais aussi toutes les personnes travaillant à quelque titre que ce soit (salariés ou non, travailleurs relevant ou non d'un contrat de travail) dès lors que leur revenu annuel ne dépasse pas 21 000 francs⁷².

⁶⁶ Sur ce débat, cf. H. Groutel, « Le critère... », *art. cit.* ; O. Tholozan, « La plasticité... », *art. cit.*

⁶⁷ J.-P. Le Crom, « Retour... », *art. cit.*, p. 71-83.

⁶⁸ Il s'agit là d'une libre interprétation de J.-P. Le Crom, « Retour... », *art. cit.*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁰ Cité *ibid.*, p. 77.

⁷¹ Cf. note 60.

⁷² J.-P. Le Crom, « Retour... », *art. cit.*, p. 79.

Ici commence une nouvelle période, caractérisée d'un côté par la stabilité enfin trouvée de la notion de contrat de travail autour de l'idée de subordination juridique, de l'autre par une application très large de lois qui avaient été pensées d'abord pour les salariés (travailleurs relevant du contrat de travail), i. e. par un processus très large « d'assimilation au salariat » de tout un ensemble de travailleurs ne relevant pas du contrat de travail. Ainsi en va-t-il des lois sur les accidents du travail, applicables à tous les travailleurs (salariés ou indépendants) suite à une loi de juillet 1938, des lois sur les allocations familiales, élargies aux travailleurs indépendants en 1939 puis à la population tout entière en 1946⁷³, etc. 1935, ou 1936 dirons-nous, pour proposer une date emblématique facilement mémorisable et parce que le décret d'octobre 1935 n'est applicable qu'à partir du 1^{er} janvier 1936 – tel est le point de départ d'une nouvelle période où le droit du travail, désormais organisé autour d'une notion de contrat de travail définie par la jurisprudence, s'enrichit dans un cadre stable et se sépare du droit social ou droit de la protection sociale⁷⁴.

Un demi-siècle, de 1885-1886 (Delecroix-Glasson) à 1935-1936, c'est le temps qu'il aura fallu pour que, à partir de divers problèmes soulevés par le travail (accidents, retraites, etc.), prenne corps la notion de contrat de travail. Plus qu'un « coup de force » doctrinal, qui laisse penser au succès rapide d'une notion clairement définie (dans la lignée du succès de la lecture du Code Civil proposée par Glasson, selon Cottereau), l'idée de « contrat de travail », quand elle est avancée pour la première fois, n'est qu'une piste conceptuelle ébauchée⁷⁵ en vue de répondre à un faisceau de problèmes

autour du travail. Ses auteurs pressentent d'ailleurs qu'il n'y a là, au mieux, que le point de départ d'un long processus d'invention. Émile Delecroix, après avoir exposé sa vision du contrat de travail, écrit ainsi, en conclusion de son article séminal : « Mais que de graves problèmes restent encore à résoudre [...]. C'est presque un code nouveau qui dérivera un jour tout entier de ce contrat unique, de la convention qui a le travail pour objet »⁷⁶.

2. 1866-1886 : crise de l'indépendance marchande dans la grande entreprise, première étape de la « grande transformation hiérarchique »

a) L'idée de « coup de force dogmatique » de Glasson : un coup de force explicatif ?

Le récit, par Alain Cottereau, de la formation du mythe du « silence » du Code civil sur le travail est tout à la fois éclairant et obscur. Éclairant parce que l'on repère bien un moment de travestissement (la deuxième moitié des années 1880), des acteurs de travestissement (Glasson, Sauzet) et une logique à leur action (sauver le Code civil, tout en répondant à la question ouvrière).

Obscur, car trois points restent dans l'ombre. A y regarder de plus près, le mobile manque : pourquoi faire du Code civil une présentation faussée ? Cottereau n'éclaire pas ce point, il indique que « Glasson présume comme allant de soi que les ouvriers de la grande industrie n'étaient concernés que par le louage de services des deux

⁷³ *Ibid.*, p. 79-81.

⁷⁴ Sur cette question, outre J.-P. Le Crom, « Retour... », *art. cit.*, voir aussi F. Hordern, « Contrat de travail, lien de subordination et lois sociales », in Y. Le Gall, D. Gaurier, P.-Y. Legal (dir.), *Du droit du travail au droit de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2006, p. 75-82.

⁷⁵ É. Delecroix, « Le contrat... », *art. cit.*, p. 119-123.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 123.

articles 1780 et 1781 »⁷⁷. Mais pourquoi un tel présupposé dans le texte de Glasson : travestissement délibéré ou expression d'une conviction ? Et dans les deux cas, comment l'expliquer ?

Un second point trouble, dans ce récit. Si, « du point de vue de la jurisprudence des années 1790-1886, c'est [le présupposé de Glasson qui est] une énorme contre-vérité »⁷⁸, comment se fait-il que, à suivre Cottureau une page plus loin, « l'opération connut un succès complet [...] : les traités belge et français de législation industrielle, puis de droit du travail se sont tous mis à imaginer, à la suite des publications de Glasson et Sauzet, que la subordination et le louage de services étaient des conceptions d'origine du Code civil, héritées de l'esprit des Constituants »⁷⁹ ? Est-il possible que Glasson, certes juriste éminent (mais il n'était pas seul en ce cas), ait eu une telle autorité intellectuelle qu'aucun juriste n'ose mettre en doute sa lecture réductrice du Code civil ? Que tous y adhèrent aussitôt et *ipso facto* la reprennent, allant à l'encontre de ce qu'ils avaient su ou cru savoir jusque-là ? Comment expliquer, alors, cette large adhésion ? Ce que Glasson présente curieusement comme une évidence était-il en réalité une évidence largement partagée, une idée si communément admise qu'il n'était nul besoin de l'argumenter ? Et si oui, pourquoi cette évidence partagée ?

Enfin, pourquoi Glasson, partant de la question des retraites des agents de chemins de fer, fait-il de « l'ouvrier de la grande industrie » le personnage central de son allocution ? Et pourquoi, alors que l'on comprend bien « les sujétions particulières aux agents des compagnies, jugées indispensables pour la sécurité des voyageurs », ne pas avoir « [fait] de la subordination une sujétion exor-

bitante du droit commun, à limiter aux situations dûment justifiées » – comme celles des chemins de fer ? Au lieu de cela, en effet, « la solution qui prévalut [...] plaça les agents des chemins de fer en position de salariat typique »⁸⁰. Pourquoi donc, alors que la subordination des agents de chemins de fer se devait d'être exceptionnellement développée, ne pas l'avoir considérée comme telle – comme exception, et non comme règle valant pour le travail en général ?

Pour le comprendre, tournons-nous vers les réalités du travail de grande industrie au moment où Glasson écrit.

b) Les raisons de l'évidence : essor de la hiérarchie, affaiblissement de l'autonomie

1886 constitue sans doute un tournant dans la doctrine juridique – mais pas dans les réalités du travail (ni de sa jurisprudence). Bien avant 1886, le travail industriel avait connu des transformations telles que les idées de subordination et de louage de services à son propos, qui seraient apparues ineptes ou douteuses encore un quart de siècle plus tôt, étaient désormais largement partagées des juristes et parlementaires. La forte autonomie ouvrière, valable de la Révolution à la fin du Second Empire et allant de pair avec le louage d'ouvrage, s'était déjà profondément estompée quand Glasson pouvait, sans coup férir, avancer comme une évidence que le travail relevait du louage de services (et donc, était subordonné).

Suivons Delecroix, que Glasson suit lui-même largement. Analysant les propositions de loi relatives aux accidents du travail, Delecroix commente ainsi l'étude, « remar-

⁷⁷ A. Cottureau, « Droit et bon droit... », *art. cit.*, p. 1525.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 1526.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1555, pour les citations de ce passage.

quable » à ses yeux, de Charles Saintelette, ministre des Travaux publics de Belgique⁸¹ : « dans l'organisation du travail moderne, commence Delecroix avant de citer Saintelette (ici entre ' ') : 'L'ouvrier est devenu un soldat, presque un automate. Sa fonction est surtout l'obéissance. L'autorité d'une part, la discipline de l'autre, sont poussées aussi loin que possible'. La conséquence nécessaire de cette autorité dévolue au patron, poursuit Delecroix, c'est d'emporter la responsabilité de tous les actes de l'ouvrier. Telle est l'argumentation de M. Saintelette dans toute sa force »⁸². Delecroix ne conteste pas le principe selon lequel « subordination implique protection »⁸³ mais il discute de ce que signifie chacun des deux termes. Sa contre-attaque sur le premier point, l'autorité (la subordination), est éloquente de modeste : « notre sentiment au contraire, c'est que l'autorité du patron comporte deux restrictions, deux limites qui lui sont fatalement posées ». Quelles sont-elles ? « La première est celle qu'apportent à son pouvoir les forces mystérieuses et complètement inconnues de la nature. Si grande que soit l'autorité du patron sur son ouvrier, pour le diriger vers le but qu'il se propose d'atteindre, les lois encore ignorées de la science viennent jeter à la traverse d'invincibles obstacles à côté desquels le pouvoir du patron compte pour peu de chose »⁸⁴. Il est remarquable que l'argumentation de Delecroix fasse intervenir un tiers, la nature, comme principe limitant de l'autorité ; dans la sphère du travail, elle ne vise pas à contester ce qui semble une évidence pour tous : « l'auto-

rité du patron sur son ouvrier », le fait que cette autorité ait pour fonction de diriger le travail vers un but précis. « La seconde restriction à l'autorité du patron lui est apportée par la volonté même de l'ouvrier [...]. Le droit du patron de commander à son ouvrier peut-il entrer en ligne de compte, lorsque l'accident a précisément pour cause la désobéissance de l'ouvrier aux injonctions qui lui sont données ? »⁸⁵. La normalité, là encore, c'est « l'autorité du patron », le « droit de commander », d'émettre des « injonctions » – à quoi peuvent certes s'opposer ça et là des irrégularités, comme la désobéissance de l'ouvrier. Aussi, même si le schéma d'autorité n'est pas parfait, c'est lui – et non plus l'autonomie des ouvriers dans le travail – qui constitue désormais la référence, qui est vu comme dominant dans la grande industrie⁸⁶, y compris de la part de ceux qui, comme Delecroix puis Glasson et Sauzet, tentent pourtant de minimiser la portée de cette autorité⁸⁷.

Que s'était-il donc passé entre la fin du Second Empire où la grande industrie était encore « pré-hiérarchique » – nous l'avons montré contre les présupposés partagés jusque-là par l'histoire du travail et par l'histoire des entreprises⁸⁸ – et le milieu des années 1880 ? En 1886, la hiérarchie d'usine qui, vingt ans auparavant, était numériquement très faible et largement focalisée sur un rôle de « travail intellectuel », selon l'expression de Marx, avait profondément changé. Sous l'action conjuguée et simultanée d'un ensemble de révolutions techniques (à l'ori-

⁸¹ C. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1884.

⁸² É. Delecroix, « Le contrat... », *art. cit.*, p. 94.

⁸³ Selon l'expression de M. Vavasseur, citée par É. Delecroix, « Le contrat... », *art. cit.*, p. 95.

⁸⁴ É. Delecroix, « Le contrat... », *art. cit.*, p. 94.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 95.

⁸⁶ Qu'il s'agisse de « l'usine, la mine ou le chantier » : É. Delecroix, « Le contrat... », *art. cit.*, p. 94.

⁸⁷ Pour limiter la responsabilité des patrons, au nom de la liberté des conventions.

⁸⁸ Sur cette évidence partagée et sa mise en doute, cf. Ph. Lefebvre, *L'invention... op. cit.*, p. 1-22. Pour une argumentation détaillée du caractère pré-hiérarchique de la grande industrie jusque 1870 environ, *ibid.* chap. 2, « La faible coordination hiérarchique dans les usines » (p. 55-100) et chap. 3, « Le caractère rationnel de la faible coordination hiérarchique » (p. 101-137).

gine de ce qu'on a appelé la Seconde Révolution industrielle), d'une crise économique majeure altérant profondément les conditions des marchés des produits et de profitabilité des entreprises (la Grande Dépression), enfin d'un retournement spectaculaire du marché du travail industriel (lié non seulement à la Grande Dépression mais aussi aux crises agricoles et viticoles dues à diverses maladies, comme le phylloxéra), ce que le directeur des Mines de Terrenoire et ex-ingénieur du Creusot J. Euverte jugeait encore impossible en 1870^{88bis} était donc arrivé : les effectifs de contremaîtres s'étaient énormément accrus, en valeur absolue et surtout en proportion, et leur rôle s'était considérablement transformé et étoffé, se rapprochant de la représentation moderne de l'autorité hiérarchique, en charge de commander et surveiller, et il préfigurait déjà ce que serait « l'empire du contremaître » au tournant du siècle, selon l'expression de l'historien américain Daniel Nelson⁸⁹. Il avait fallu vingt ans pour cela et, en vingt ans, on était passé d'une évidence à une autre : des métiers et marchés dans l'usine à la hiérarchie d'usine, du louage d'ouvrage au louage de services⁹⁰.

Les trois grands facteurs à l'origine de « la grande transformation hiérarchique »⁹¹ dans la grande industrie (révolution technique, crise sur le marché des produits, retournement du marché du travail) conduisirent à un bouleversement du rôle, jusque-là limité, de la hiérarchie et au déclin (ou à l'al-

tération profonde) des autres formes d'organisation (métiers, équipes, tâcheronnat, marchandage collectif, salaire aux pièces). Le déclin-altération des rapports marchands dans l'usine (en réponse aux conditions nouvelles de profitabilité sur le marché des produits) et celui des équipes (lié pour sa part aux évolutions et révolutions techniques) conduisirent à une forte élévation des tâches d'allocation du travail, de contrôle du travail *ex post* et d'intensification-surveillance du travail par la hiérarchie. Dans le même temps, les nouveaux produits aux processus de production plus complexes (multiplication des étapes de fabrication) et les nouvelles conditions sur le marché des produits (interaction plus rapide offre-demande) attirèrent l'attention sur l'importance nouvelle de la gestion des flux entre ateliers. Le renversement du marché du travail conduisit à confier pour l'essentiel à la hiérarchie des tâches de gestion de la main-d'œuvre – embauche, renvoi, salaire, évolution – qui, jusque-là, étaient assumées au sein du monde ouvrier (par les chefs d'équipe, par les plus anciens dans le métier, par les tâcherons ou par le collectif de l'équipe en commandite)⁹². Enfin la déqualification relative associée aux évolutions techniques conduisit, en même temps qu'à un déclin des métiers, à un renforcement du rôle hiérarchique d'orientation du travail et de préparation des conditions de réalisation du travail ouvrier. De toutes parts, le rôle de la hiérarchie s'étoffait⁹³. Ainsi

^{88bis} J. Euverte, « De l'organisation de la main-d'œuvre dans la grande industrie », *Journal des Économistes*, juillet-septembre 1870, p. 340-385.

⁸⁹ D. Nelson, *Managers and workers : origins of the new factory system in the USA (1880-1920)*, Madison, University of Wisconsin Press, 1975.

⁹⁰ Pour une analyse détaillée des facteurs de cette « grande transformation hiérarchique » et des processus de cette transformation dans les principaux secteurs de grande industrie à l'époque (coton, mines de charbon, sidérurgie et métallurgie de transformation, construction mécanique), cf. Ph. Lefebvre, *L'invention... op. cit.*, chap. 5, « Essor de la hiérarchie, déclin des anciens modes de coordination », p. 157-193 et chap. 6, « Le nouveau rôle de la hiérarchie », p. 195-218.

⁹¹ « La grande transformation hiérarchique », selon l'expression que nous avons proposée, fait l'objet de toute la seconde partie de Ph. Lefebvre, *L'invention... op. cit.*, p. 139-278.

⁹² Ph. Lefebvre, « Les décisions de gestion du personnel avant l'existence d'une fonction Personnel (France, XIX^e siècle) », in P. Spitéri (dir.), *Décisions et gestion*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1999, p. 97-119.

⁹³ Ph. Lefebvre, *L'invention... op. cit.*, chap. 6 consacré à cette question.

s'éclaire ce qui était jusque-là un mystère : la *genèse* de « l'empire du contremaître »⁹⁴.

Face à cet empire, encore en développement au milieu des années 1880 en France, et à la formidable croissance de la hiérarchie et de son rôle, on comprend mieux que, quelles que soient les nuances à apporter aux idées d'autorité et de discipline dans l'usine⁹⁵, Delecroix, Glasson et les juristes et parlementaires de leur époque aient pu tenir pour une évidence que le travail de grande industrie était avant tout un travail subordonné, relevant du contrat de louage de services. En 1886, le présumé de Glasson selon lequel le travail de grande industrie relevait à son époque du louage de services (présupposé que Cottureau met en cause en le qualifiant de « coup de force dogmatique » et de « fiat d'autorité »⁹⁶) n'était donc pas dénué de fondement – si peu, qu'il était partagé par une large majorité de ses confrères. Le droit tentait donc de prendre acte des transformations du travail, il ne les précédait pas – contrairement à l'interprétation proposée par Cottureau⁹⁷.

3. 1886-1936 : la hiérarchie, une réalité novatrice en quête de viabilité

a) La question ouvrière : oubli des ouvriers par le Code civil, abandon des ouvriers par les patrons

La période où s'engage « la grande transformation hiérarchique », les années 1870-1880, est aussi celle où se développe la question ouvrière, avec ses grèves et protestations festives, qualifiées par Michelle Perrot d'âge de « jeunesse de la grève », ses recours à la troupe et parfois ses morts. Question ouvrière, grande transformation hiérarchique : simple coïncidence ? concomitance fortuite ?

Écoutons Émile Cheysson, ancien directeur des usines du Creusot et futur membre de l'Académie des sciences morales et politiques, comme Glasson : « Allez au fond des conflits latents ou aigus : presque toujours,

⁹⁴ Curieusement en effet, jusque-là, des divers travaux s'étant intéressés aux contremaîtres aux États-Unis, en Angleterre, en Allemagne, en France, en Italie, aucun n'avait reconstitué la lente genèse de cet empire, n'avait cherché à expliquer leur importance particulière au tournant du siècle en remontant à ses sources au XIX^e siècle. C'est ce que souligne P. Van Den Eeckhout récemment : « The American and British literature on foremen and shop-floor hierarchies focuses mostly on the end of the 19th and the beginning of the 20th centuries [...] Philippe Lefebvre's quest for the emergence of shop-floor hierarchies in France covers the entire 19th century ». P. Van Den Eeckhout, « The construction of the foreman », in P. Van Den Eeckhout (ed.), *Supervision and authority in industry : western European experiences, 1830-1939*, Oxford, Berghahn, 2009, p. 1-33.

⁹⁵ L'idée d'une autorité efficace et d'un ordre maîtrisé dans les usines, largement répandue à cette époque (les années 1870-1880) par diverses enquêtes et témoignages s'étonnant des progrès et merveilles de l'industrie, est sans aucun doute exagérée : nous l'avons montré sur le cas emblématique de l'usine du Creusot, archétype supposé de l'ordre usinier. Cf. Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 85-91 pour une analyse critique des témoignages faits à l'époque par Reybaud et par Turgan et, plus tard, par Bonnefont.

⁹⁶ A. Cottureau, « Droit et bon droit... », *art. cit.*, p. 1526. Sur l'idée de « coup de force dogmatique », cf. p. 1524-1527.

⁹⁷ En effet, en conclusion de son article – commentant la loi de 1898 sur les accidents du travail selon laquelle, en reconnaissant l'employeur comme seul organisateur des risques, on accréditait l'idée de commandement au sein de l'entreprise et même de gouvernement exclusif de l'entreprise –, Cottureau écrit : « Le droit du travail naissant avançait, ainsi, en France, sur le terrain juridique, les prétentions gestionnaires du taylorisme et du fordisme » (*Ibid.*, p. 1557). Il y a là une double erreur. La première est évidente au regard de l'essor numérique de la hiérarchie et surtout de la transformation profonde de son rôle entre 1866 et 1886 – et *a fortiori* 1898 – que nous venons d'indiquer. La seconde consiste à se méprendre sur la place du taylorisme et du fayolisme dans l'histoire : ni l'un ni l'autre n'initient un mouvement de « commandement au sein de l'entreprise, sur le modèle militaire », pour reprendre l'expression de Cottureau (p. 1556) ; à l'inverse, après ce premier mouvement d'essor du commandement dans les entreprises, ils contribuent (parmi d'autres) non à la première mais à la deuxième grande étape des tentatives de rationalisation de la hiérarchie, destinée justement à pallier la brutalité du commandement nouveau apparu dans les années 1870 et 1880. C'est ce que nous allons voir dans la section qui suit, et c'est ce que nous avons montré dans Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*, chapitre 7, p. 219-278.

vous trouverez le contremaître »⁹⁸. Il y a deux raisons à cela, explique Cheysson. D'abord, le contremaître provoque des tensions sociales par son exercice sévère, et parfois injuste, de l'autorité. « Le contremaître est souvent dur et partial. [...] Il croit mieux commander le respect en affectant la rudesse ». Ce comportement malheureux est intimement lié à son passé ouvrier : « sorti des rangs, il a la hauteur des parvenus ». Ce contremaître « commet au profit ou plutôt au préjudice de son patron de maladroits excès de zèle qui frisent l'injustice et irritent la droiture naturelle des ouvriers. Comme le personnel ne voit le patron qu'à travers le contremaître, ce dernier sème les haines, le patron les récolte et, n'en soupçonnant pas l'origine, il est tenté de les attribuer à une malveillance incurable de la main-d'œuvre contre le capital ». Seconde raison, la distance entre patron et ouvrier est telle que les messages du premier au second n'arrivent qu'à travers des intermédiaires, ils sont déformés : « le patron se blesse de ce qu'une mesure généreuse n'a pas été appréciée : il ne se doute pas que le contremaître l'a trahie en la traduisant »⁹⁹. Ce contremaître est un fauteur de troubles qui s'ignore : il n'est pas mal intentionné mais, par ses comportements inadéquats – du fait de sa « jeunesse », au sens de Michelle Perrot, c'est-à-dire de son manque de maîtrise et d'organisation rationnelle –, il sème sans le vouloir un ferment de haine entre ouvriers et patrons.

À l'origine de la « question ouvrière », il y a donc le contremaître. Et la raison profonde en est que, dans la grande industrie, les patrons ont abandonné les ouvriers à la nouvelle hiérarchie. Ce thème de l'abandon des ouvriers par les patrons de grande industrie traverse les débats de la fin et du tournant du siècle, chez les catholiques sociaux, bien sûr, mais aussi au-delà.

Tout comme le Code civil a oublié l'ouvrier et qu'il s'agit pour le droit de rétablir un contrat de louage de service acceptable, le patron a oublié l'ouvrier et il s'agit pour la grande industrie de rétablir des formes de hiérarchie acceptables. À la « jeunesse » de la nouvelle hiérarchie, apparue subitement en deux décennies, doit succéder une hiérarchie mieux maîtrisée, rationalisée – encore à inventer.

Et, tout comme l'invention du contrat de travail dura à peu près 50 ans, de 1886 à 1936, il fallut à peu près le même demi-siècle pour inventer une hiérarchie d'usine viable. Comment cela fut-il possible, alors que longtemps cette hiérarchie fut jalouse de son autonomie – voire déloyale, et jugée en tout cas non fiable par les patrons –, c'est ce que nous allons maintenant indiquer à grands traits.

b) L'invention de la hiérarchie moderne : des rationalisations successives et parallèles

La forte croissance des ratios d'encadrement et des effectifs hiérarchiques dans les ateliers dans les débuts de la Seconde révolution industrielle soulève une première question : où les entreprises trouvent-elles les acteurs hiérarchiques supplémentaires dont elles ont besoin ? La transformation profonde du rôle des contremaîtres pose toute une série d'autres problèmes : comment faire en sorte que les contremaîtres aient les capacités d'exercer, de manière à peu près efficace, chacun des aspects nouveaux ou renouvelés de leur rôle (orientation du travail ou direction technique, intensification du travail, allocation du travail, contrôle *ex post*, gestion de la main-d'œuvre, préparation avancée des conditions de réalisation du tra-

⁹⁸ É. Cheysson, « Le rôle social de l'ingénieur » (conférence à la Société des Ingénieurs Civils de France, 1897), in *Œuvres choisies*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 34.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 33. Les citations qui suivent sont extraites de la même page.

vail ouvrier) ? À ce problème de l'efficacité d'action de la hiérarchie d'atelier s'ajoutent ceux de sa légitimité auprès des ouvriers et de son contrôle par les directions d'usine. En effet, comment les ouvriers, naguère si autonomes, peuvent-ils accepter le nouvel « empire » des contremaîtres dans l'atelier ? Et comment les directions, vis-à-vis desquelles les contremaîtres avaient témoigné jusque-là une loyauté très variable, peuvent-elles s'assurer d'un contrôle à peu satisfaisant sur des contremaîtres dont le champ d'action et les pouvoirs sont désormais si étendus ?

Ce n'est que petit à petit que les entreprises découvrent ces diverses questions, puis leur étendue et leurs difficultés. Et ce n'est que petit à petit que, par étapes successives menées sur divers fronts, elles esquissent et essaient de possibles solutions.

Il est impossible de montrer ici comment les multiples réponses à chacune de ces questions furent successivement ou parallèlement esquissées, essayées, diffusées, transformées, voire travesties – au cours d'un demi-siècle de tâtonnements et expérimentations dans la grande industrie française. À cette seule question : « Comment rendre viable la nouvelle hiérarchie ? », nous avons consacré un chapitre entier¹⁰⁰, le plus long de *L'invention de la grande entreprise*. À défaut, suggérons quelques lignes de force.

Des années 1880 aux années 1930, on peut schématiquement distinguer deux périodes dans l'histoire des tentatives de réponse à ces questions – histoire des « rationalisations » de la hiérarchie, pourrait-on dire, toutes ces réponses étant liées au même problème de rationaliser l'action nouvelle de la hiérarchie nouvelle, pour la rendre suffisamment efficace, légitime et contrôlable.

Dans un premier temps, jusqu'au tournant du siècle, les tentatives de réponse sont majoritairement centrées sur les qualités techniques attendues des futurs contre-

maîtres ; seules quelques tentatives, innovantes et isolées, essaient déjà d'agir sur l'ensemble plus vaste des relations sociales et de commandement dont font partie les contremaîtres, en vue de résoudre les problèmes liés au nouveau rôle de ceux-ci. Figurent notamment dans ces premières tentatives d'invention d'une hiérarchie viable : le développement de l'enseignement technique à partir des années 1880 ; les esquisses de rationalisation de la gestion de la main-d'œuvre dans diverses entreprises ou secteurs dans les années 1880 et 1890 (les mines, notamment) ; les premières tentatives pour rationaliser spécifiquement, certes de manière encore indirecte, les rapports de commandement et de subordination en tant que tels.

Dans une deuxième étape, à partir du tout début du XX^e siècle, en réponse aux limites de ces premières tentatives, de nouvelles tentatives de rationalisation se développent. À la différence des premières, elles débordent le champ des qualités (notamment techniques) des contremaîtres et dépassent aussi les initiatives simplement locales d'entreprises novatrices : désormais des doctrines d'organisation assez larges et plus ou moins systématisées apparaissent, et elles se proposent aux entreprises comme autant de solutions possibles. Le Taylorisme, dont l'impact réel est souvent surestimé, n'est que l'une des multiples voies alors proposées. À ses côtés, il y a notamment, en France : l'École Française d'Organisation ou Science Industrielle, l'Ingénierie Sociale, le Fayolisme (dont les vues s'étendent aux activités ouvrières et y prennent même largement naissance). La multitude de ces doctrines, puis leur longue coexistence, n'est pas un hasard : chacune répond de façon privilégiée à certains aspects particuliers des problèmes soulevés par la nouvelle hiérarchie ou à certains des contextes industriels dans lesquels ils se présentent.

¹⁰⁰ Ph. Lefebvre, *L'invention...*, op. cit., p. 219-278.

Mais, même ciblées, ces nouvelles réponses ne suffiront pas complètement à surmonter l'ensemble des problèmes rencontrés. En 1936, les contremaîtres forment encore, selon les patrons comme selon les ouvriers, l'une des principales sources de mécontentement à l'origine des revendications ouvrières. L'invention d'une hiérarchie viable, plus particulièrement difficile dans les univers de grande industrie et de grande production, se poursuivra donc encore dans ces univers, en suivant cette fois essentiellement deux voies : la voie de la mécanisation avancée, l'ouvrier se devant désormais d'obéir à la machine plus ou autant qu'au contremaître (ce qui donnera lieu à la sociologie du travail française et aux travaux de Georges Friedmann, Pierre Naville et Alain Touraine) ; la voie de la bureaucratie (qui donnera lieu, en France, à la sociologie de la bureaucratie et des organisations de Michel Crozier), la règle impersonnelle tentant de se substituer aux rapports personnels de commandement, mal acceptables dans certains univers¹⁰¹.

4. Les explorations juridique et gestionnaire : liées mais très différentes

Au total, quels sont les rapports entre ces deux mouvements d'exploration : celui du concept de « contrat de travail », et celui de la réalité inédite et problématique de la hiérarchie d'atelier ?

D'abord, au-delà de leur déploiement simultané dans l'histoire, ils procèdent d'un même problème, la question ouvrière – interprétée d'un côté comme conséquence de l'oubli des ouvriers par le droit, de l'autre comme conséquence de l'oubli des ouvriers par les patrons dans la grande industrie (l'abandon des ouvriers aux contremaîtres).

Jugé oublieux jusque-là, l'État se demande alors s'il ne doit pas intervenir entre patrons et ouvriers et jusqu'où – d'où de longs débats où se déclinent toutes les postures depuis l'ancrage dans la tradition civiliste jusqu'à la défense d'un interventionnisme actif. Concrètement, les patrons s'efforcent de prévenir un interventionnisme légal qui serait trop contraignant pour eux, sans y parvenir complètement. C'est ce que montre bien l'histoire de l'essor des règlements d'atelier à l'initiative des patrons, autre face de l'histoire des développements exploratoires autour de la notion de « contrat de travail ». Les patrons réussissent à éviter un contrôle *a priori* de la légalité des règlements qu'ils instaurent mais dans le même temps, en s'étoffant peu à peu, le Code du travail restreint de fait sur certains plans la liberté de réglementation patronale (durée de travail, horaires, amendes, etc.)¹⁰².

Mais ensuite, même si elles partent d'une même question (la question ouvrière), exploration gestionnaire et exploration juridique l'abordent avec des préoccupations profondément différentes. Côté gestionnaire, le souci est d'assurer la viabilité, sociale et économique, de la direction/subordination technique associée à cette hiérarchie, c'est-à-dire : légitimité de cette hiérarchie vis-à-vis des ouvriers, efficacité dans son action, contrôlabilité de cette action par les directions. Côté juridique, il s'agit d'assurer l'acceptabilité et la justice du contrat de travail, donc de protéger contre les risques et abus éventuels qui sont (ou pourraient être) associés à l'engagement des ouvriers dans le travail, au-delà des seuls cas où existe une subordination technique directe : la question est de savoir qui peut ou doit bénéficier de ces protections légales.

La notion de « subordination juridique », qui vise à établir droits et devoirs de chacun

¹⁰¹ Ceux où la légitimité technique du chef, son expertise particulière et ses apports dans le travail sont limités.

¹⁰² Sur cette question, cf. F. Hordern, « Contrat de travail et règlement d'atelier », in *Histoire du contrat de travail* (2), 2005, *op. cit.*, p. 63-113.

autour du contrat de travail, est donc très large, beaucoup plus en tout cas que celle de subordination technique directe (prescription des procédés de travail et non simplement des résultats attendus). Cela apparaît nettement dans les quatre critères¹⁰³ que la Cour de cassation impose, à partir de 1932, pour caractériser la subordination. Cela apparaît également, pour prendre un élément emblématique de la rupture entre le XIX^e et le XX^e siècle, dans le fait que des travailleurs à la tâche, qui auraient relevé du contrat de louage d'ouvrage au XIX^e siècle, relèvent au XX^e siècle du contrat de travail¹⁰⁴ : bien qu'il n'y ait pas de subordination technique, il y a subordination juridique.

Cette différence entre les approches juridique et gestionnaire de la notion de subordination est repérable dès les premiers travaux sur la législation. Ainsi les débats de la Société d'Études Législatives (SEL) sur les critères du contrat de travail, et notamment sur le critère de subordination, se déroulent-ils sur pas moins de 7 registres d'argumentation différents... sans quasiment jamais se référer au registre de l'organisation du travail. « Le registre technico-scientifique [qui renvoie à l'organisation du travail en particulier, comme le précise l'auteur p. 24 de l'ar-

ticle cité] est quasiment absent des travaux de la SEL sur le contrat de travail », constate Francine Soubiran-Paillet¹⁰⁵.

Le critère de subordination juridique qui se construit dans la période 1886-1936 ne constitue donc aucunement, il importe d'y insister, un emprunt ou une dérivation directe du concept de subordination technique qui se construit alors dans les entreprises (et donnera naissance au champ de l'organisation du travail). Le couplage entre les deux existe mais il est lâche. Droit et gestion s'attaquent à la même époque à un même problème mais sur deux plans différents, aux interférences directes limitées.

III. 1998-AUJOURD'HUI : LE DROIT DU TRAVAIL EN CHANTIER. UNE HYPOTHÈSE DE LECTURE À PARTIR DE L'HISTOIRE DES RAPPORTS TRAVAIL-DROIT DU TRAVAIL (FIN XVIII^E-DÉBUT XXI^E SIÈCLE)

Depuis un tiers de siècle, le travail connaît un renouvellement intense de ses formes¹⁰⁶. Mais cela annonce-t-il une ère nou-

¹⁰³ Cf. note 60.

¹⁰⁴ Pour des exemples, cf. O. Tholozan, « La plasticité... », *art. cit.*, p. 54-56.

¹⁰⁵ F. Soubiran-Paillet, « Expertise... », *art. cit.*, p. 50.

¹⁰⁶ Citons ici quelques aspects du renouvellement intense du travail et de son environnement : montée de l'autonomie dans le travail, renouvellement de ses substrats (dématérialisation, NTIC) et conditions (télétravail, bureau mobile), renouvellement de ses formes de prescription (standards de résultats, montée du client, des délais, des exigences de qualité, du service), déclin et renouvellement des formes de division du travail, développement de la polyvalence, atténuation de la séparation conception-exécution, croissance du travail en équipes para-autonomes avec le problème croissant de la prescription réciproque et de la coopération au sein des équipes, déstabilisation de l'encadrement intermédiaire, importance accrue des exigences péri-techniques (de relation, de comportement et d'implication subjective), travail en juste-à-temps, horaires flexibles et changeants, production au plus juste, pluralité des mondes de production et des « modèles productifs », organisation par projets, organisations par *outputs*, organisations plates ou pyramides renversées, réduction de la ligne hiérarchique, remise en cause du « salariat de confiance » (cadres, ingénieurs), organisations matricielles, éclatement et dispersion des métiers internes, crise croissante des savoirs mobilisés dans l'activité face au renouvellement rapide et puissant des exigences de celles-ci, accélération de l'obsolescence des savoirs et de leur renouvellement, modèle de la compétence, management des connaissances, développement des mobilités géographiques et d'emploi, déclin des carrières toutes tracées, délocalisations, restructurations, fusions/absorptions, alliances, coopération, réseaux, sous-traitance, portage salarial, montée des groupes de sociétés, éloignement croissant entre établissements de travail et centres de décision, stress, TMS, suicides, harcèlement moral, banalisation des emplois naguère appelés atypiques, salariat de précarité, persistance du chômage, des difficultés d'entrée dans la vie active, de l'éviction des séniors, flou croissant entre travail et hors-travail, etc.

velle du droit du travail – voire, sommes-nous à l'aube d'une nouvelle « révolution » du droit du travail ? C'est ce que nous pensons. Nous y sommes même déjà entrés : plus qu'à l'aube, nous sommes déjà à l'orée.

Pour assumer et expliciter ce pari, il convient d'abord de se doter d'une modélisation historique de longue durée qui fasse apparaître des moments de stabilisation et des moments de basculement du droit et qui permette d'approcher la dynamique de transformation de ce droit : c'est ce que nous ferons dans la première section, en explicitant notamment la notion de « révolution » du droit – un long cycle, séculaire, découpé en plusieurs phases.

À partir de cette modélisation et des conditions qui s'en dégagent pour pouvoir parler de nouvelle « révolution » du droit du travail, nous relirons l'histoire récente du droit du travail et nous exposerons pourquoi on peut, avec quelque fondement, défendre l'idée que, depuis 1998, nous sommes entrés dans une nouvelle « révolution » du droit du travail avec l'invention en acte, aujourd'hui en marche, du « statut professionnel des personnes » (rapport Supiot, 1998).

1. « Révolutions » et phases : une modélisation de l'histoire du droit du travail

L'histoire du droit du travail peut être lue comme la succession de grands cycles ou « révolutions ». Depuis l'Ancien Régime, deux grands cycles ou « révolutions » ont jalonné l'histoire du droit du travail : la révolution du droit civiliste-coutumier, qui s'esquisse dès 1776 et prend fin en 1886 ; la révolution du contrat de travail, qui s'esquisse en 1886 et prend fin, nous y reviendrons, en 1998.

Chacune de ces révolutions peut être lue comme la succession de trois phases : une phase d'invention conceptuelle en actes, une phase d'évolution juridique dans un cadre stabilisé, une phase de mise en crise de ce cadre juridique. Avant l'entrée dans une nouvelle révolution, les réalités du travail changent tellement et suscitent des problèmes et enjeux d'une telle ampleur qu'on assiste à une mise en crise croissante du cadre juridique en place. L'entrée dans un nouveau cycle ou une nouvelle révolution du droit (phase 1), se fait par la proposition de nouveaux concepts fondateurs, à partir desquels construire des réponses à ces enjeux : mais l'invention en actes de ces concepts, qui doit procéder sur plusieurs plans et qui rencontre des difficultés multiples, est un processus qui s'étale sur plusieurs décennies (1776-1804 pour la première « révolution », 1886-1936 pour la deuxième). Dans un deuxième temps (phase 2), le droit continue d'évoluer mais dans un cadre juridique cette fois à peu près stabilisé (1804-1866 pour la première révolution, 1936-1973 pour la deuxième révolution). Puis vient le moment de mise en crise : les réalités du travail changent profondément, de nouveaux problèmes et enjeux apparaissent : c'est la phase 3 de la révolution en cours... qui précède une révolution à venir (1866-1886 pour la première révolution, 1973-1998 pour la deuxième révolution).

Entre ces trois phases, il y a trois moments-charnières : le moment de proposition d'un concept juridique nouveau, le moment de stabilisation du cadre juridique associé au nouveau concept proposé, le moment où commence la déstabilisation de l'édifice juridique construit sur ce concept.

1776, 1886 : de nouveaux concepts sont proposés, liberté du travail d'un côté¹⁰⁷, contrat de travail de l'autre. C'est Glasson (1886) plus que Delecroix (1885) que nous

¹⁰⁷ Cf. N. Olszak, *Histoire...*, *op. cit.* La date de 1776, commode (suppression des corporations par Turgot, *Richesse des nations* de Smith), est clairement à consolider : il faudrait remonter aux débats de l'époque, aux origines de la pensée de Turgot et de son entourage. Cf. S. L. Kaplan, *La fin des corporations*, Paris, Fayard, 2001.

avons retenu, le deuxième ayant eu beaucoup plus d'écho et de postérité dans le travail doctrinal et législatif.

1804, 1936 : ces concepts ont enfin trouvé inscription – après de multiples débats, projets intermédiaires ou partiels, interventions jurisprudentielles – dans un cadre juridique à peu près stabilisé. À partir de 1803-1804, jusqu'aux années 1860, l'édifice juridique encadrant le travail sera enrichi légèrement mais ne sera pas modifié, ni dans son esprit ni dans sa synthèse singulière : l'articulation de la liberté (le Code civil, le droit) et des usages ou conventions (voir la loi du 22 Germinal an XI (1803), le « bon droit » de Cottureau) – ce que nous avons appelé le droit civiliste-coutumier. Pourquoi retenir 1936, au-delà du symbole ? Parce que c'est le moment où le contrat de travail et avec lui le droit du travail sont définis doublement : de façon endogène (stabilisation des quatre critères de subordination juridique en 1932) et par opposition à ce qu'il n'est pas (décret-loi d'octobre 1935 avec application le 1^{er} janvier 1936 qui initie le mouvement de séparation du droit du travail et du droit de la protection sociale).

1866, 1973 : ce sont les dates-charnières de mise en crise de l'édifice juridique existant. 1866, c'est un tournant fameux dans la jurisprudence, la première fois que deux décisions en cassation vont à l'encontre des prud'hommes (dont le fameux arrêt des sabots), le premier signe de mise en crise de l'aspect « coutumier » du droit civiliste-coutumier (le « bon droit ») ; et c'est à mi-chemin entre 1864 et 1868, c'est-à-dire entre deux tournants importants dans le droit civiliste cette fois : la reconnaissance du droit d'association (1864), à l'encontre de l'individualisme civiliste ; l'abolition de l'article 1781 du Code civil (le maître est cru sur son

affirmation), supposé être l'un des deux articles du Code civil sur le travail. 1973, c'est le premier choc pétrolier et la crise, les transformations du travail et la montée de la problématique de l'emploi/chômage dans le droit, le début de la nécessité de justifier des motifs du licenciement, la première reconnaissance juridique de la zone grise entre salariat et indépendance dans divers pays européens (Italie, Allemagne).

Révolutions, phases, moments-charnières : voilà la modélisation sommaire proposée pour appréhender la longue durée du droit du travail en dialogue avec le travail¹⁰⁸.

2. 1998-2009 : l'entrée dans une nouvelle « révolution » du droit du travail

Il est toujours tentant de penser que l'époque est nouvelle et, l'incertitude étant reine, il y a toujours quelque part de vérité à l'affirmer. Mais au-delà, comment savoir si nous sommes ou non entrés dans une nouvelle « révolution » du droit du travail, au sens fort indiqué plus haut ?

Pour le dire, d'après la modélisation que nous avons proposée, il faut réunir au moins quatre conditions. La première est que, à une ère (quelques décennies) de relative stabilité du travail et du droit du travail, ait succédé une ère de changement profond – historique – des réalités du travail et de transformation significative mais partielle du droit – sans remise en cause de ses cadres fondateurs. Cette ère de changement historique et de déstabilisation relative, depuis 1973, nous l'avons indiqué, nous la vivons. La deuxième condition est que, dans ce contexte, des problèmes ou enjeux importants, reconnus comme tels par la communauté juridique et

¹⁰⁸ L'originalité de la dynamique historique du droit réside dans la phase qui initie une nouvelle « révolution », depuis le moment des propositions conceptuelles ouvertes jusqu'à leur enrichissement-concrétisation-stabilisation relative. Pour une approche formelle des processus d'évolution conceptuelle en général, cf. A. Hatchuel et B. Weil, « C-K design theory: an advanced formulation », *Research in Engineering Design*, 19 (4), 2009, p. 181-192, et *A new approach of innovative design : an introduction to C-K theory*, in *Proceedings of the international conference on engineering design (ICED'03)*, Stockholm, Sweden, 2003.

parlementaire, n'arrivent pas à trouver de solution dans le cadre législatif, conventionnel ou jurisprudentiel existant. La troisième condition est que soient proposés des concepts nouveaux, comme le fut le contrat de travail en 1885-1886, comme fondement de réponse à ces enjeux – des concepts si nouveaux qu'on voit se profiler avec eux de profondes remises en cause de l'édifice existant du droit. La dernière de ces conditions est que ces concepts soient largement repris, contestés, reformulés et débattus dans la communauté et, au-delà, que s'esquissent sur leur base des orientations ou projets législatifs importants, voire des lois elles-mêmes.

Ces conditions sont réunies, nous semble-t-il, et on peut dater de 1998 l'entrée dans une nouvelle « révolution » du droit du travail – dont nous connaissons aujourd'hui les toutes premières étapes d'exploration. La première condition est patente, avons-nous dit, mais qu'en est-il des trois autres ?

2.1. Des enjeux nouveaux majeurs

Sur les enjeux nouveaux, nous serons très rapide. Non qu'ils ne soient importants, bien au contraire, mais ils ont déjà été largement explicités par d'autres (nous pensons avant tout, bien sûr, aux rapports dirigés par Jean Boissonnat, en 1995, et Alain Supiot, en 1998, publié en 1999) et font désormais l'objet d'un assez large consensus.

Transformations de la subordination dans le travail (montée de l'autonomie dans le travail avec, dans le même temps, maintien d'une part importante de prescription qui prend des formes nouvelles), brouillage des

frontières entre salariat et indépendance, difficulté croissante à repérer « qui » est « autrui » dans le travail subordonné ou pour autrui (montée des groupes de sociétés, de la sous-traitance, du travail en réseau, de la pluriactivité, des groupements d'employeurs, etc.), fortes incertitudes sur les frontières entre « travail et hors-travail »¹⁰⁹, difficultés persistantes à lutter contre le chômage et à contenir les licenciements malgré les aménagements importants des types de contrat de travail et des conditions de licenciement (justifications, mesures de reclassement/reconversion¹¹⁰), difficultés à assurer une véritable formation professionnelle dans les périodes de transition, profonde nécessité de sécuriser les parcours professionnels¹¹¹, puissant renouvellement des problèmes de santé au travail (stress, TMS, harcèlement moral, etc.), mises en cause de l'équilibre travail-hors travail à travers les mobilités d'emploi imposées, les mobilités géographiques, les changements d'horaires de travail – voilà, sans être exhaustif, des enjeux majeurs de notre temps, auxquels le droit doit s'attaquer.

Il y a largement consensus sur ces enjeux et, pour y répondre, de nouveaux concepts, pistes éventuelles de solutions, ont été proposés.

2.2. Des concepts nouveaux novateurs

Face à ces enjeux et à leur ampleur, des concepts nouveaux ont été proposés : « contrat d'activité », proposé par la commission présidée par Jean Boissonnat (1995) ; « statut de l'actif » proposé au même moment par François Gaudu (1995) et inspirant pour partie le rapport Boissonnat ; « sta-

¹⁰⁹ Pour reprendre l'expression de C. Goldfinger, *Travail et hors travail. Vers une société fluide*, Paris, Odile Jacob, 1999.

¹¹⁰ Cf. Y. Chassard et J.-Y. Kerbouch', « Négociation sur la modernisation du marché du travail : ne pas se tromper d'époque », *Droit social*, novembre 2007, p. 1095-1104.

¹¹¹ Livre vert de la Commission Européenne pour la modernisation du droit du travail (2007), rapport du Conseil d'orientation pour l'emploi sur la sécurisation des parcours professionnels (2007), rapport du CERC sur le même thème (2007), travaux de la DARES sur ce thème, etc.

tut professionnel des personnes », proposé par le rapport de la commission Supiot à l'Union Européenne en 1998 ; droit de la « co-activité » proposé par Marie-Laure Morin (2000) et venant compléter, sur la question des nouvelles formes d'organisation des entreprises (sous-traitance, réseau, etc.) et des employeurs multiples, les propositions Supiot¹¹².

Dans tous les cas, l'objectif de ces propositions est d'englober autant que possible la variété des « états » d'un parcours professionnel (travail salarié, travail indépendant, période de formation, etc.), la diversité croissante des aspects du travail (exécution et conception, autonomie, relations, implication, etc.), de ses temps (le hors-travail participant de plus en plus, de fait, au travail : formation, information, travail à distance, etc.) et de ses formes (pluralité des univers et types de travail), et surtout de gérer au mieux les mobilités et transitions d'un état à un autre.

Quasi-simultanément – en France, au niveau de l'Union Européenne et au niveau international¹¹³ – sont donc proposés des concepts nouveaux et relativement proches, comme fondement à un nouveau droit du travail. Pourquoi retenir 1998 plutôt que 1995 ? Pourquoi associer le point de départ d'une nouvelle « révolution » du droit du travail au rapport à l'UE remis en 1998 par la commis-

sion Supiot ? Comme pour le choix de Glasson (1886) plutôt que de Delecroix (1885), le rapport Supiot, préparé par et s'appuyant par moments sur le rapport Boissonnat (ainsi que sur le concept de statut de l'actif de Gaudu), a fait globalement l'objet d'un accueil plus favorable dans la communauté juridique. Tout en soulignant le caractère très stimulant de l'idée de « contrat d'activité » avancée dans le rapport Boissonnat, il a aussi pris ses distances par rapport à elle, en pointant certaines de ses faiblesses¹¹⁴. Enfin, le rapport Supiot présente l'avantage de ce qui pourrait apparaître comme une limite : volontairement moins précis que le rapport Boissonnat dans ses propositions de dispositions juridiques, conscient de l'incapacité à prédire précisément les formes juridiques qui devront ou pourront être adoptées, il entend avant tout définir une matrice, un « cadre conceptuel » qui puisse valoir pour les divers pays de l'UE¹¹⁵.

Par rapport au concept de « contrat de travail » qui a dominé le cycle 1886-1998, le concept de « statut professionnel des personnes » proposé par Supiot présente trois ruptures majeures. La première est l'idée que les droits sont attachés à une *personne* – et non plus à un emploi tenu ou à l'appartenance contractuelle à une entreprise. La seconde est qu'il s'agit avant tout de favoriser par le

¹¹² J. Boissonnat (dir.), *Le travail dans vingt ans. Rapport du Commissariat général du Plan*, Paris, Odile Jacob, 1995 ; F. Gaudu, « Statut de l'emploi ou statut de l'actif ? », *Droit social*, 1995 ; M.-L. Morin, « L'évolution des relations de travail induit un nouveau partage des risques », in Appel des économistes pour sortir de la pensée unique, *Le bel avenir du contrat de travail*, Paris, Syros, 2000, p. 123-140 ; A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et essai sur le devenir du droit du travail en Europe*, rapport pour la Commission Européenne, Paris, Flammarion, 1999.

¹¹³ Voir la proposition du concept de « droits fondamentaux de l'homme au travail », par l'Organisation Internationale du Travail (1998).

¹¹⁴ Ces faiblesses sont au nombre de trois (voir nos italiques ci-après). A. Supiot les présente ainsi : « Sa faiblesse [l'idée de contrat d'activité] est pour partie le revers de ses mérites : son *caractère purement expérimental et volontaire*. C'est d'un *statut*, plutôt que d'un *contrat*, qu'il faut parler, dès lors qu'on cherche à englober dans l'état professionnel des personnes des périodes qui se situent en dehors de tout échange contractuel sur le marché du travail. D'autre part, *la notion d'activité est trop large* pour être juridiquement pertinente. L'activité est inséparable de la vie, or les droits sociaux liés à la vie sont des droits sociaux universaux [...]. La seule notion qui déborde l'emploi sans englober la vie tout entière est la notion de travail et c'est donc la seule qui puisse fonder un état professionnel ». A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi...*, op. cit., p. 87-88.

¹¹⁵ L'expression est d'A. Supiot ; sur ces orientations, cf. *ibid.*, p. 85-86.

droit une dynamique, une *trajectoire* professionnelle (et non de gérer les droits associés à un état donné de travail) : il s'agit d'assurer « la continuité de ses droits [du travailleur] et le maintien de perspectives de formation et de qualification au travers du temps »¹¹⁶. Ces deux ruptures avec le contrat de travail ont partie liée : les trajectoires sont individuelles, en effet. Et droits et devoirs étant désormais attachés à une personne, le *contrat* (de travail) doit céder la place au *statut* – troisième rupture. Allant plus loin dans le couplage des trois (trajectoire, personne, statut), Supiot a souvent insisté sur l'importance, dans ce statut, de droits de tirage sociaux pour l'individu (crédits de formation tels que le DIF aujourd'hui, congé de création d'entreprise, congés parentaux etc.), destinés à la gestion active, par cet individu, tant de sa trajectoire que de la flexibilité requise de lui dans son travail.

Enfin, signe du grand intérêt qu'il suscite et des grandes incertitudes qui demeurent quant à son avenir effectif, le concept de « statut professionnel des personnes » a été et est encore largement débattu avec, schématiquement, deux types de débats : des débats de mise en œuvre, si l'on ose dire, et des débats d'orientation.

Les premiers, s'inscrivant dans l'état d'esprit qui a présidé à la proposition de ce

concept, interrogent ses conditions d'opérationnalisation. Une des difficultés associées, par exemple, au statut professionnel des personnes est la question de l'imputabilité (qui est responsable de quoi et quand ?) : posée très tôt, elle soulève de difficiles problèmes sur divers plans et est encore en débat¹¹⁷.

Les débats d'orientation sont, comme leur nom l'indique, encore plus fondamentaux pour l'avenir. Il s'agit de savoir, sur la base des concepts proposés, quelles grandes orientations vont guider l'élaboration du nouveau droit du travail et lui donner sens. Schématiquement, trois grandes voies semblent se dessiner. La première voie, médiane si l'on peut dire, est celle du droit positif, guidé par une tentative de neutralité axiologique. Une deuxième option, à l'inverse, inscrit explicitement son travail sur le droit en référence à des valeurs humaines (optique du « travail décent » en cohérence avec la notion de droits fondamentaux¹¹⁸ ; proposition d'un « droit d'association »¹¹⁹). Une troisième option, enfin, inscrit son travail de réflexion doctrinale et législative dans le courant de l'analyse économique du droit, en référence avant tout à la notion d'efficacité¹²⁰. Ces options, encore ouvertes, sont de la plus haute importance car elles se traduisent dans la proposition de certaines dispositions plutôt que d'autres (ou contre d'autres). Par

¹¹⁶ F. Favennec-Héry, « La sécurisation des parcours professionnels, sésame de toutes les réformes », *Droit social*, novembre 2007, p. 1107.

¹¹⁷ Sur ce point, cf. par exemple M.-L. Morin, « L'évolution des relations de travail... », *art. cit.*, p. 123-140 (p. 137 notamment) ; et, plus récemment, J. Barthélémy, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Droit social*, mars 2008, p. 325-328.

¹¹⁸ Même s'il insiste moins sur les droits fondamentaux que les auteurs dits du travail décent, Supiot s'efforce, nous semble-t-il, d'inscrire ses propositions dans ce cadre plus large. Il écrit dans son fameux rapport de 1998 : « On doit tirer toutes les conséquences du principe général de l'adaptation du travail à l'homme (et non l'inverse) » (A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi...*, *op. cit.*, p. 301). Sur le travail décent, cf. M. Bonnechère, « Travail décent et 'modernisation' du droit du travail », *Travail et emploi*, n° 113, janvier-mars 2008, p. 94 : « En postulant certains droits comme droits sociaux fondamentaux, l'optique du travail décent s'oppose tant aux approches dites scientifiques ou 'positivistes' du droit fondées sur une 'neutralité axiologique', qui les conduit à rejeter à l'extérieur du droit toute référence aux valeurs humaines, qu'aux doctrines estimant trouver la source de la règle de droit et sa légitimité dans un calcul d'utilité ou d'efficacité ».

¹¹⁹ B. Segrestin et A. Hatchuel, « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », communication au *Forum des économistes de la Régulation*, novembre 2009.

¹²⁰ Cf. par exemple M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, Paris, La Documentation française, Rapport Officiel, 2004 ; encore faut-il que soient précisés ces critères d'efficacité, comme l'écrit M. Bonnechère, « Travail décent... », *art. cit.*

exemple, faut-il préserver le contrat à durée indéterminée comme référence du droit, comme cela a été réaffirmé récemment par l'accord national interprofessionnel de 2008, ou faut-il abandonner cette référence en proposant un « contrat unique » (fusionnant CDD et CDI), comme l'ont proposé deux économistes, P. Cahuc et F. Kramarz¹²¹ ? Le sort n'est pas joué et, quelle que soit la voie qui semble aujourd'hui privilégiée en France, plus proche de Supiot que du contrat unique, elle peut encore être remise en cause, ne serait-ce que parce que les options aujourd'hui poussées par la Commission Européenne sont assez différentes¹²².

Il est donc clair que le concept stimulant de « statut professionnel des personnes », comme celui de contrat de travail à la fin du XIX^e siècle, reste encore pour l'essentiel à inventer. Toutefois on trouve en ce sens déjà quelques avancées – dans la loi, dans la jurisprudence, dans les conventions entre partenaires sociaux.

2.3. Des avancées juridiques – légales, conventionnelles, jurisprudentielles

« Jusqu'à présent, le discours sur la sécurisation des parcours professionnels était un peu mythique et se cantonnait au niveau macro-économique et à celui des objectifs stratégiques¹²³. Dans l'accord [...] national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, on

observe que ce concept est en phase de construction de manière juridique et technique »¹²⁴. L'idée que nous entrons dans une nouvelle phase, moins strictement doctrinale mais légalement plus engageante, nous paraît fondée.

Rapidement, l'inscription en cours de la flexi-sécurisation des parcours professionnels¹²⁵ dans le droit français peut être repérée dans les transformations qui s'opèrent à trois niveaux : le contrat de travail, l'encadrement juridique des transitions professionnelles, la juridiciarisation de la gestion prévisionnelle des emplois et compétences.

Côté contrat de travail, de nouveaux types de contrat sont apparus ou ont été encadrés, qu'il s'agisse du contrat de projet (article 1 de l'ANI de 2008), du portage salarial (article 19) ou du prêt de personnel entre entreprises, organismes de recherche et établissements d'enseignement supérieur autorisé par la loi de 2006 et appliqué pour la première fois en 2009, avec la signature d'une convention de mise à disposition de salariés au sein du pôle de compétitivité mondial Minalogic (nanotechnologies dans la région de Grenoble). Les termes du contrat de travail concernant la mobilité interne dans l'entreprise et la flexibilité des horaires de travail ont été encadrés par deux arrêts de jurisprudence importants de 2005 puis par l'article 8 de l'ANI de 2008 sur la mobilité professionnelle et géographique. Les conditions d'entrée dans le et de sortie du contrat de travail ont été modifiées, qu'il s'agisse des stages et

¹²¹ P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Paris, La Documentation française, 2005.

¹²² Cf. le Livre vert de la Commission Européenne, 2007 ; pour un commentaire, voir F. Gaudu, « L'accord sur la 'modernisation du marché du travail' : érosion ou refondation du droit du travail », *Droit social*, mars 2008, p. 267-271.

¹²³ E. Arnould Brill, *La sécurisation des parcours professionnels*, rapport au Conseil économique et social, juin 2007.

¹²⁴ J.-M. Luttringer et J.-P. Willems, « La contribution de l'accord à la réforme annoncée du système de formation professionnelle », *Droit social*, mars 2008, p. 331.

¹²⁵ Nous sommes conscient de laisser de côté d'autres points importants de l'évolution du droit du travail : accidents du travail, maladies professionnelles telles que stress et TMS, harcèlement moral également, sur lesquels des évolutions significatives ont eu lieu ces dernières années et encore très récemment (19 novembre 2009, Cour de cassation) dans la jurisprudence.

de la période d'essai pour l'entrée, de la sécurisation des ruptures de contrat de travail et de la possibilité de rupture conventionnelle du contrat de travail (articles 3, 4, 11 et 12 de l'ANI de 2008).

Côté transitions professionnelles, il y a au moins deux avancées majeures. Selon certains, elles constituent « la première étape vers la création d'un droit attaché à la personne davantage qu'au contrat de travail »¹²⁶. La première avancée concerne la portabilité des garanties collectives de prévoyance malgré le changement de statut (salariat-chômage)¹²⁷. La seconde, la portabilité du droit individuel à la formation (DIF) par-delà les changements d'employeur (qui fonctionne avec un crédit d'heures de formation acquis par ancienneté qui sera désormais portable d'un employeur à un autre grâce à l'ANI de 2008 alors que, en 2007, il s'agissait encore d'un débat de doctrine¹²⁸), s'inscrit dans un mouvement essentiel au regard du tournant majeur que nous vivons, un mouvement plus long aussi : celui de l'évolution du droit de la formation professionnelle avec, d'abord, les lois sur la suspension provisoire du contrat de travail de manière à favoriser les transitions professionnelles (congé individuel de formation, droit individuel à la formation), ensuite l'adoption du principe de « formation professionnelle tout au long de la vie », érigé au rang d'« obligation nationale ».

Enfin, côté gestion prévisionnelle des emplois et compétences, le Code du travail explicite désormais (article L.930-1) « l'obligation pour l'employeur d'adapter les salariés à l'évolution de leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ». Cette obligation de maintien de l'em-

ployabilité a même conduit la Cour de cassation, en octobre 2007, à sanctionner un employeur et peut désormais servir comme base de contestation en nullité d'un licenciement ou de négociation d'aides particulières au reclassement. Pour mettre en œuvre cette obligation, les entreprises doivent notamment, au niveau individuel, mettre en place un entretien dont l'objectif est d'identifier les objectifs de professionnalisation du salarié (déjà prévu dans l'ANI de décembre 2003) et, au niveau collectif, elles doivent négocier sur la GPEC tous les 3 ans dans les groupes ou entreprises de 300 salariés ou plus et présenter au comité d'entreprise une analyse des évolutions des emplois et les moyens prévus pour y faire face. Tout cela a été conforté par l'ANI de 2008, à travers les articles 2, 6 et 9¹²⁹.

Les quatre conditions requises pour pouvoir parier, avec quelque raison, que nous sommes entrés dans une nouvelle « révolution » du droit du travail sont donc réunies. Depuis 1998 s'invente sous nos yeux un nouveau droit qui tente de répondre à de nouveaux enjeux majeurs et, pour cela, s'appuie sur le concept stimulant de « statut professionnel des personnes » – un concept encore largement à inventer mais dont on voit déjà se profiler certaines avancées.

CONCLUSION

Dans cet article, partant d'une analyse comparée des premières étapes de l'histoire du droit du travail et de l'histoire du travail (1791-1936), nous avons été conduit à mettre en évidence trois grands résultats :

- premièrement, la nouvelle histoire du droit du travail au XIX^e siècle proposée

¹²⁶ J.-M. Luttringer et J.-P. Willems, « La contribution... », *art. cit.*, p. 333.

¹²⁷ Cf. J. Barthélémy, « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Droit social*, mars 2008, p. 325-328.

¹²⁸ Cf. le bel article de F. Favennec-Héry, « La sécurisation des parcours professionnels... », *art. cit.*, p. 1109.

¹²⁹ Cf. *Droit social*, numéro spécial, « La GPEC : un défi social, économique, juridique », novembre 2007, y compris les deux articles de « libres propos », et aussi J.-M. Luttringer et J.-P. Willems, « La contribution... », *art. cit.*

par Cottereau (2002), éclairante et roborative, s'accorde pleinement avec les travaux^{129bis} – publiés au même moment que l'article de Cottereau et confortés depuis¹³⁰ – qui portent un regard critique, profondément nouveau, sur l'histoire des hiérarchies industrielles (usines, manufactures, mines) et, à partir d'elle, sur l'histoire du travail, l'histoire des entreprises et leurs paradigmes de référence (Marx, Foucault, Chandler) ;

- deuxièmement, l'interprétation que propose Cottereau de la césure entre les XIX^e et XX^e siècles en droit du travail est hautement problématique : 1886 n'est pas un « coup de force dogmatique », c'est un tournant préparé pendant vingt ans par les profondes transformations du travail au cours de la Seconde révolution industrielle naissante (1866-1886) et c'est un tournant qui n'est que le point de départ du processus d'invention du contrat de travail – une invention en actes qui s'achève 50 ans plus tard, d'une part avec la stabilisation de la caractérisation jurisprudentielle des quatre critères de subordination juridique (1932), d'autre part avec le premier acte (octobre 1935, pour application le 1^{er} janvier 1936) de séparation du droit du travail d'un côté (pour le salariat), de la protection sociale de l'autre, étendue alors progressivement au-delà du salariat et

donnant ainsi naissance à la « société salariale » (1936-1973) ;

- troisièmement, les rapports entre histoire du travail (et de son organisation) et histoire du droit du travail ne sont pas tels que les présente Cottereau : en 1886, le droit du travail ne précède pas les transformations du travail mais il les suit. S'il se lance alors, pour répondre à la question ouvrière, dans l'invention du contrat de travail, la gestion fait exactement de même à la même période : analysant la montée de la question ouvrière comme le résultat de l'essor nouveau d'une hiérarchie au rôle profondément neuf dans les usines, elle se lance elle aussi dans l'invention d'un cadre viable d'action – la hiérarchie moderne, à côté du contrat de travail – qui, au terme de vagues successives et parallèles d'explorations et expérimentations, aboutira, en 1936, à une certaine stabilisation, encore partielle¹³¹, de cette hiérarchie.

Sur ces bases historiques, nous avons proposé une modélisation de l'histoire du droit du travail de la fin de l'Ancien Régime à nos jours, dont les trois idées-clés sont les suivantes :

- l'histoire du droit du travail peut être lue comme la succession de grands cycles ou « révolutions ». Depuis l'Ancien Régime, deux grands cycles

^{129bis} Ph. Lefebvre, *L'invention...*, *op. cit.*

¹³⁰ Dans les contributions à P. Van Den Eeckhout (ed.), *Supervision...*, *op. cit.*, de C. Borderias, de P. Scholliers, de P. Van Den Eeckhout, de J. Jaffe sur le rôle des contremaîtres avant la fin du XIX^e siècle, de même que dans celles de J. Melling d'une part, et de R. Coopey et A. MacKinlay d'autre part, qui portent sur ce rôle au début du XX^e siècle, c'est l'importance des aspects techniques – et non disciplinaires – de ce rôle qui est soulignée en cohérence avec *L'invention...*, *op. cit.* (seul le chapitre de J. Bourdieu et G. Postel-Vinay, appuyé sur des statistiques de ratio d'encadrement dans des usines françaises dans les années 1890, pense que ces ratios s'expliquent mieux en termes d'imposition de discipline que de résolution de problèmes techniques et de coordination par les contremaîtres). Toujours à l'appui de cette nouvelle histoire de la hiérarchie, voir P. Fridenson, « Les transformations des pratiques de subordination dans les entreprises et l'évolution du tissu productif en France », in H. Petit et N. Thévenot (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, Paris, La Découverte, 2006, p. 46-70 ; Ph. Lefebvre, « Foucault et la discipline d'atelier... », *art. cit.*, p. 179-214.

¹³¹ La hiérarchie dans les univers de grande production est encore mal stabilisée, d'où la poursuite des explorations, dans ces univers, sous les deux formes que nous avons indiquées.

ou « révolutions » ont jalonné cette histoire : la révolution du droit civiliste-coutumier du XIX^e siècle, qui s'esquisse dès 1776 et prend fin en 1886 ; la révolution du contrat de travail, qui s'esquisse en 1886 et prend fin en 1998 ;

- chacune de ces révolutions peut être lue comme la succession de trois phases : une phase d'invention conceptuelle en actes, qui fait suite à des bouleversements profonds du travail et de ses enjeux (1776-1804 pour la première révolution, 1886-1936 pour la deuxième) ; une phase d'évolution juridique dans un cadre stabilisé (1804-1866, 1936-1973), une phase de mise en crise de ce cadre juridique, liée aux transformations du travail et de ses enjeux (1866-1886, depuis 1973).
- sur ces bases, il est possible d'avancer que nous sommes entrés, depuis 1998, dans une nouvelle « révolution » du droit du travail. Après la phase de mise

en crise du travail et du droit du travail fondé sur le contrat de travail (1973-1998), juristes et acteurs du droit (parlementaires, partenaires sociaux et État, associations savantes, clubs et organismes de réflexion, intellectuels, etc.) se sont globalement accordés pour penser que l'aménagement du cadre juridique existant ne suffit plus à répondre aux enjeux du travail de notre temps ; de nouveaux concepts ont été proposés, celui de « statut professionnel des personnes » notamment, des concepts à la fois stimulants et éminemment difficiles à inscrire dans la pratique ; et quoique nous n'en soyons aujourd'hui qu'aux balbutiements et que de fortes incertitudes pèsent encore sur les grandes orientations qui seront prises, on peut déjà lire, dans les diverses formes d'édification du droit, les premières traces d'une invention en actes du « statut professionnel des personnes ». Une nouvelle « révolution » est en marche, souhaitons lui bonne route.