

Mardi 21 octobre 2014, Montreuil

Conférence-débat

« **Pourquoi le code du travail est-il attaqué ? Ce que nous dit l'histoire** », présentée par
Jacques Le Goff, professeur de droit public à l'Université de Brest

Texte établi d'après l'exposé oral

Tout d'abord, je tenais à vous remercier pour votre invitation. Vous m'offrez l'occasion de renouer avec ce qui fut ma passion pendant quelques années, à savoir l'histoire du droit du travail. Vous disiez à l'instant que vous attendiez des réponses, je risque de vous décevoir, je ne suis pas sûr d'apporter des réponses, mais j'essaierai plutôt d'ouvrir le questionnement sur le sujet, à partir en effet d'une perspective essentiellement historique. Il s'agira de resituer la formation, l'émergence de ce code du travail, code du travail qui fait partie de notre paysage social depuis 1910, soit 104 ans exactement. Attention, cela ne veut pas dire qu'il figure depuis cette durée au premier rang du paysage social. Ce code a eu tout de même au début des difficultés d'acclimations sur lesquelles je vais revenir. On peut dire qu'il n'est véritablement entré dans le paysage social que dans les années 1950-1960, c'est là qu'il acquiert en somme une complète visibilité et s'impose comme une référence incontournable, du fait de sa richesse, de sa « monumentalité ». À partir des années 1960, on voit le code du travail prendre une allure, je dirais « pré-mammouthéenne ». Aujourd'hui nous sommes dans le mammouth, et il ne s'agit pas là d'une référence à notre ancien ministre de l'éducation, Claude Allègre.

Alors avant d'évoquer le développement du code du travail, je voudrais m'arrêter à une double question. Pourquoi un code à ce moment-là, c'est-à-dire au début du 20^e siècle et à quelle nécessité cette entreprise répond-elle ? Pourquoi codifier ?

Et bien l'opération poursuit une triple finalité ? D'abord, c'est l'évidence, une fin pratique. Il s'agit de mettre de l'ordre dans un écheveau de lois qui est en train de prendre de l'ampleur, de se complexifier, de s'embrouiller de plus en plus. On peut dire qu'à l'époque deux grands ensembles dominent la normativité dans le droit du travail, à l'époque on parlait d'ailleurs plutôt de législation industrielle. Le premier grand ensemble concerne la durée du travail, la protection des enfants, des femmes et bientôt des hommes à partir de 1900. Le second ensemble c'est pour l'essentiel le droit collectif. Avec les deux grands textes qui constituent le phare de l'histoire sociale française : celui de 1864 sur le droit de coalition, le droit de grève (enfin le prétendu droit de grève, car on ne l'a guère reconnu en fait puisqu'on sait que le fait de se mettre en grève se soldait par la résiliation du contrat de louage. On avait toutefois un peu plus de chance de ne plus être poursuivi pénalement de ce fait), et celui de

1884 qui explique que nous soyons aujourd'hui réunis. Donc il s'agit de mettre en ordre cet ensemble qui commence à se complexifier. Je voudrais citer ici quelqu'un qui est un conservateur pur jus, Charles Benoist, qui sera partisan du code du travail. Il en défend l'idée, et il fait ce constat en 1910 : en 50 ans, de 1849 à 1898, on compte environ 170 textes importants, lois, décrets, arrêtés. Les années 1850 et 1851 en fournissent 6 ou 7, mais 1890 en donne 8, 1893 en donne 10, 1894 en donne 12, bref, nous sommes partis pour une logique de type presque inflationniste déjà. Il continue en affirmant que nous sommes arrivés ainsi à posséder une législation sociale très touffu et très ramifié dans laquelle il n'est pas toujours facile de se retrouver, dont la richesse nuit quelque fois à l'ordre. Un constat qui est lucide, clair et qui appelle donc un mise en ordre, une réorganisation textuelle. Il faut dire que, à l'époque, la part législative et règlementaire demeure assez largement minoritaire dans le droit du travail, dans les sources anciennes du droit du travail. Ce qui prédomine c'est le contrat de louage, c'est lui l'une des grandes sources de production du droit à titre individuel. Il y a une autre source, que l'on a perdu de vue aujourd'hui même si elle demeure encore active en droit du travail, c'est bien évidemment celle des usages, des coutumes des métiers. À l'époque on se réfère encore à des ouvrages qui compilent les coutumes métier par métier, ça nous paraît un peu étrange aujourd'hui mais on a affaire-là à ce qu'un auteur que j'aime bien, auquel j'ai consacré mon avant dernier ouvrage, Georges Gurvitch, un sociologue des années 1930-1960, a appelé « le droit social pur », c'est-à-dire ce droit qui est progressivement produit par la société et qui convertit des pratiques sociales en droit du fait de ce que les juristes appellent « l'opinion jury », autrement dit la conscience d'un droit, la conviction d'avoir à faire à un droit. Or parmi ces ouvrages, j'en citerai un tout de même, *Le recueil des usages locaux ayant force de loi dans la ville de Lyon*, qui est un ouvrage datant de 1898, écrit par un nommé Vachez. Il s'agit donc d'abord d'une opération de clarification, première raison.

Deuxième raison, c'est un raison théorique. La création d'un code du travail entend affirmer un peu plus la logique statutaire contre la logique contractuelle, la logique statutaire et donc collective contre la logique contractuelle individuelle qui place le salarié dans une position délicate parce qu'évidemment déséquilibrée. Acceptons, dit un auteur socialiste Eugène Fournière, qui a pas mal écrit sur ce droit du travail en construction fin du 19^e début du 20^e siècle, acceptons ce code du travail non pas seulement comme le nécessaire complément rectificatif du code civil mais encore et surtout comme une promesse, comme la première pierre d'un édifice nouveau, la législation économique et sociale incorporant au droit public tous les rapports laissés jusqu'ici sous l'emprise du droit privé, de l'arbitraire du plus fort et des mieux armés dans la lutte. Autrement dit l'idée à l'époque est la constitution d'un droit du travail qui serait à dominante droit public, c'est-à-dire un droit produit par l'État ou en liaison avec l'État, sous son contrôle et qui fonctionne de toute façon, qu'il s'agisse d'une production législative ou d'une production conventionnelle, qui fonctionne comme une loi. Derrière cela, une intuition se profile déjà, ce sont les conventions collectives étendues. Qu'est-ce que la convention collective étendue sinon un acte privé par son origine qui vient de la société, mais publique par ses effets puisqu'il fonctionne rigoureusement comme une loi ou un règlement.

Dernière fonction qui n'est pas la moindre, c'est une fonction symbolique. Il s'agit par la mise en place d'un code du travail d'affirmer un peu plus, un peu mieux la spécificité du droit du travail, ce droit du travail dont on sent bien qu'il n'est pas intégrable longtemps dans l'orbite du droit civil et pour les raisons que l'on vient d'indiquer à l'instant, il s'agit au contraire de l'arracher à l'emprise du consensualisme, du contractualisme privé pour l'inscrire sous un autre horizon. À l'époque d'ailleurs, on peut observer que code du travail qui naîtra en 1910 existe déjà un peu avant, en 1906 avec la constitution du ministère du Travail. On sent bien qu'il y a là du spécifique qui est en train d'émerger, de s'arracher, à la jauge de l'histoire pour apparaître dans son autonomie, le droit du travail. C'est dans les années 1910 que l'on commence à parler de contrat de travail, c'est évidemment d'une certaine façon la mutation la plus décisive et puis on parlera, à partir des années 1920-1930, non plus de législation industrielle mais de droit du travail, le droit du travail est enfin né.

Alors pourquoi à ce moment-là ? C'est-à-dire cette idée commence-t-elle à germer dans les années 1880 ? Pourquoi cela prend-il forme en 1910 ? Et bien tout simplement parce que la République qui est en train de se stabiliser politiquement, a pris conscience de l'intensité de ce que l'on appelle à l'époque « la question sociale », de la nécessité d'intégrer à son propre fonctionnement une dimension sociale. La République en tant que forme politique doit être en même temps une forme sociale. Voilà la nouveauté et c'est de cette période que date, pour reprendre l'expression de mon collègue et ami Jacques Donzelot, « l'invention du social ». Il y a là tout un champ qu'il nous faudrait explorer, tout à fait passionnant, l'idée que le social n'est plus réductible comme dans la version libérale à une sommation d'individus, on a à faire à une réalité spécifique radicalement neuve. Une pensée nouvelle du social se développe. Alors, je voudrais évoquer ce développement avant d'en venir à ma partie conclusive qui est celle que vous attendez certainement le plus, c'est-à-dire la question du droit du travail attaqué aujourd'hui.

Trois grandes périodes dans cet exposé. Une première période que j'intitulerai : un accouchement difficile pour une naissance hautement symbolique. Une deuxième période, qui commence dans les années 1970 plus précisément en 1973 avec une remise en chantier du code du travail. Et la troisième période, qui correspond à la fois à une refonte du code du travail, en tout cas à une tentative de refonte, et aux débats qui accompagnent aujourd'hui la situation de ce droit.

Première période donc, un accouchement difficile. Le code du travail est né de la loi du 28 décembre 1910. Grâce à Dominique Guyot, qui est là présent, j'ai cherché les précédents codes du travail, dans les bibliothèques de Brest, de Rennes qui m'ont d'ailleurs dit jeter les codes du travail au fur et à mesure en oubliant que les historiens peuvent tout de même s'intéresser à cet objet même s'il est complètement obsolète pour les praticiens. J'ai retrouvé la version de 1914. Ce texte de 1910 naît dans la plus grande discrétion. Les historiens sont toujours étonnés de voir la disproportion entre la portée d'un texte et ses conditions d'émergence qui sont souvent entourées d'indiscrétions, si ce n'est d'indifférences. C'est le cas ici, c'était aussi le cas pour la loi sur les coalitions qui est un texte qui n'est pas sensationnel au regard de l'opinion publique qui, à l'époque, est même assez mal accueilli, plus mal encore celui de 1884 qui crée un mouvement de contestation virulent du côté des

associations de professionnels, on ne parle pas encore des syndicats. C'est le cas ici aussi et j'en veux pour preuve le témoignage de Paul Pic, un des premiers grands juristes travaillistes auteur d'un gros traité de précis de législation industrielle dans les années 1910-1920, qui dit ceci : « Ce n'est pas sans surprise que bon nombre de Français ont appris par un entrefilet laconique dans la presse quotidienne, la promulgation au journal officiel le 30 décembre d'un code du travail ou plus exactement du livre premier du code du travail et de la prévoyance sociale parce que en effet le code du travail est aussi celui de la prévoyance ». Donc en 1910 prend corps un vieux projet envisagé déjà sous le Consulat. Au début du 19^e siècle, on envisage en effet la mise au point d'un code industriel qui serait venu doubler un code rural, on se disait qu'avec ces deux codes on couvrira l'essentiel de l'activité sur le plan du travail mais pas seulement car le code du travail avait une visée plus large, les brevets. Donc c'est une idée ancienne et ces deux codes ne verront pas le jour. Le seul qui verra le jour assez vite après le code civil en 1804 et avant le code pénal en 1810, c'est le code du commerce en 1807.

Deuxième raison, cette idée est déjà dans l'air puisqu'existe déjà des ouvrages de compilation des textes qui peuvent être apparenté à des codes. Je pense au recueil des lois industrielles avec des notions de législation comparées de 1893, le code de 1905. On a déjà commencé le travail, mais à titre privé. Ce sont des auteurs qui se sont dit : on va faciliter la vie des personnes concernées en compilant ces textes.

Alors je voudrais ici partir de quatre questions toutes simples pour essayer de comprendre comment les choses se sont passées. Nous, les juristes, on aime bien les questions simples. Quoi ? Qui ? Comment ? Pourquoi ?

Quoi ? Quel contenu au départ ? On peut dire qu'il est très ambitieux puisqu'il s'agit de regrouper l'ensemble des textes relatifs au travail. Il y a un projet, une attention d'exhaustivité, c'était logique, quand on fait un code il vaut mieux que ce soit à peu près complet. Mais il est intéressant de noter que ce code est plus un code social qu'un code du travail. On l'a déjà dit, il s'agit d'un code du travail et de prévoyance sociale et ceci jusqu'en 1953, c'est-à-dire jusqu'au moment où va apparaître le code de la santé. En réalité, en 1910, on a publié que le livre premier, le projet était sur cinq livres : conditions du travail, protection du travail, organisation du travail, juridiction du travail et pénalités. Il faudra attendre 1922 pour que le code soit complet, il aura donc fallu douze ans. On a d'emblée conscience de l'imperfection de l'œuvre accomplie et d'entrée de jeu la commission de qualification a attiré l'attention sur cette imperfection en organisant en somme la gestion des vides juridiques, des lacunes qu'il faudrait combler. Un code prénatal qui comprend bien des lacunes, des troubles. L'idée du code a mobilisé du monde, on peut dire que c'est une œuvre collective, partagée, avec beaucoup de débats à partir de la proposition de Vaillant, Sembat, Brousset qui était un camarade à vous responsable de la Fédération de la métallurgie, à l'époque ce n'était pas à la CGT mais ça la deviendra bientôt. Voici ce qui est dit : le devoir du législateur est de grouper les textes épars, de modifier les textes anciens pour les faire concorder avec des besoins de notre époque et en former un corps de lois clair et précis. La résolution date du 14 mars 1896, la proposition de loi de 1903 et il faudra sept ans pour passer à la réalisation partielle, en 1910, mais c'est un délai à l'époque tout à fait normal, on prend en effet son temps pour

légiférer. De surcroît le Sénat va mettre des bâtons dans les roues et ralentir le mouvement. Outre les parlementaires, les hauts fonctionnaires participent à ce travail. Citons Arthur Fontaine premier directeur de l'Office du travail (préfiguration du ministère du Travail), haut fonctionnaire par excellence dans le domaine du travail. Les syndicalistes sont également investis, dans le cadre du Conseil supérieur du travail, instance créée en 1890, sorte de parlement social qui préfigure pourrait-on dire le Conseil Économique, Social et Environnemental d'aujourd'hui. Il y a aussi des universitaires bien sûr, des sociétés savantes. Bref, tout un ensemble. C'est très étonnant quand on regarde les documents de l'époque de voir à quel point ces débats autour du travail sont riches et passionnés. Riches, une abondance extrême du côté de la société législative, du côté aussi de l'association pour la protection légale des travailleurs. On a gardé tout ça, et s'y replonger est un véritable délice et permet d'entrer dans les problématiques dominantes de l'époque. Donc quel contenu ? Un contenu aussi large que possible.

Deuxième question : qui ? Qui a eu l'idée du code du travail ? Alors, on pourrait imaginer que ce sont les syndicats mais ce n'est pas sûr, c'est peut-être même le contraire. Ils ne sont pas enthousiastes à l'idée d'un code, ce n'est pas véritablement leur souci premier. Ceux qui ont le plus contribué à l'enclenchement du mouvement ce sont, d'une part, les républicains (Millerand, Vaillant, etc.) et les socialistes bien entendu, avec Viviani par exemple. Des socialistes qui reprennent une idée qui avait été largement développée par Louis Blanc qui était un peu en la matière l'initiateur. Louis Blanc qui voyait très bien une organisation avec au centre l'État, cet État producteur de ce qui deviendra le droit du travail, un droit du travail de tonalité légale et réglementaire. Mais on ne saurait oublier un courant qui va imprégner cette réalité très importante, ce sont les catholiques sociaux. Ils vont également apporter leur pierre à l'édifice, avec leurs deux courants. D'abord le courant traditionnel qui tient un discours à tonalité corporatiste, il s'agit d'organiser les métiers en corporation, et dans cette corporation de faciliter la collaboration entre les patrons et les ouvriers comme on dit à l'époque. Le second courant c'est celui des sillonnistes, c'est-à-dire des gens du sillon de Marc Sangnier, qui sont eux plutôt marqués, toute proportion gardée, à gauche. Ils sont les progressistes du catholicisme social. C'est l'un de ses animateurs, Henri Lorin, qui déclare en 1907 : « Un Code du travail s'élabore, contraire à l'esprit du Code civil ; un droit social tend à se substituer au droit individualiste... De ce droit social on cherche les formules dans la rumeur de l'usine, dans le tumulte de la rue, sur les champs de bataille économique, au sein des syndicats. » Il n'est pas jusqu'au conservateur comme Charles Benoist que j'ai déjà cité qui dit : « Messieurs en un mot puisqu'il y a un code de la propriété, il faut qu'il y ait aussi un code du travail ».

Les libéraux sont hostiles à ce mouvement, on ne sera pas surpris. Les libéraux les plus radicaux craignent la constitution de ce qu'ils vont nommer une législation de classe, et donc une législation qui va envenimer un peu plus les relations sociales. On craint la constitution de ce que Georges Scelle appellera dans son petit livre qui reste une richesse, le droit ouvrier. Ce n'est pas acceptable pour eux. Lorsqu'ils seront contraints d'accepter un compromis, leur souci sera de tout faire pour que cette disposition relative au travail trouve sa

place dans le code civil. Pour eux, il n'y a pas de raison de constituer un code spécifique, le code civil est suffisamment accueillant pour recevoir ces dispositions.

De leur côté, les syndicats sont assez réservés. Il y a en effet une méfiance de principe vis-à-vis des républicains qui ont sur les mains le sang de la commune et cela on ne l'a pas oublié. Souvenez-vous quand même que dans les années 1960-1970 on désignait encore les communistes comme « les communards », c'est pas le fait du hasard, dans l'inconscient collectif la commune a été un traumatisme majeur et on n'est pas surpris qu'à trente ans de distance ce traumatisme alimente les esprits et forge les comportements. Les syndicats s'en remettent plutôt à la prud'homie. Leur idée est la suivante, au lieu de faire des grands textes, partons de quelques axes et laissons aux juges, aux magistrats le soin de faire le boulot. D'une certaine façon c'est comme une intuition anglo-saxonne, c'est-à-dire pas trop de rationalité théorique mais plutôt raison pratique à l'œuvre au plus près du terrain. Les magistrats vont se tenir à distance de cela et, y compris au niveau de l'application, ils vont se montrer réservés sinon hostiles.

Comment ? C'est notre troisième question. La question ici est celle du rapport au code civil, on veut bien faire une codification du droit du travail, de la législation industrielle, mais où ? C'est là que la question, le débat va s'élever entre les tenants du code civil et les tenants d'un code spécifique. Tenants du code civil : les libéraux qui souhaitent maintenir la logique du droit individuel sur celle du droit social donc du droit collectif. Ils plaident pour une réforme du code civil en s'inspirant du code civil allemand. Avec avantages et inconvénients. L'avantage attendu, c'est une réforme de portée modérée, amortie par l'esprit civiliste. L'inconvénient c'est le risque d'une corruption interne du droit civil par ces nouvelles normes qui restent malgré tout relativement étrangères. On pourrait assister à une dégradation progressive de l'édifice contaminé par le droit social. À l'opposé, il y a l'idée de codification dans un texte spécifique, défendue par la majorité, c'est-à-dire par des gens comme Maxime Leroy ou Paul Pic : « Si pour le moment c'est encore le code civil qui l'emporte, on peut déjà prévoir par-delà les lois et la jurisprudence, la fin de son hégémonie ». C'est très intéressant donc toute la problématique civiliste qui est la problématique de l'interindividuel, du contrat individuel, se trouve aussi dépassé dans l'esprit, dans le projet dépassé dans une problématique sociale et collective. Pour Paul Pic, le code civil de 1804 est d'inspiration essentiellement bourgeoise, son individualisme outrancier en est la preuve et on cherche vraiment ce souffle social qui a inspiré toutes les lois ouvrières récentes. Bref, le constat c'est que le code civil n'est en rien la demeure de ce nouveau droit émergent qui est de nature tout à fait original et irréductible au droit civil.

Comment les choses se passent-elles par la suite, après cette période de mise en place ?

D'abord on constate, et ce n'est pas une surprise, un enrichissement constant du contenu. Le code du travail ne va cesser de prendre de l'ampleur, du poids. J'en ai retracé l'évolution : 1912 dans l'édition Berger, Legros, déjà le Dalloz, 320 pages ; 1919, 392 pages ; 1925, Dalloz, 636 pages ; 1935, 695 pages ; 1954, 865 pages ; 1956, 821 pages ; 1976, 1500 pages ; ce qui donne à peu près une image de ce développement constant. Autre remarque : au

fil du temps ne cesse de se confirmer les défauts de construction, les caractères très lacunaires du code qui est loin de regrouper l'ensemble de la textualité. Une revue socialiste de la fin du 19^e siècle parle d'un « code des lacunes de notre législation », c'est un peu cruel mais ça renvoie à une visite du texte. Il est intéressant de noter que les textes relatifs à la représentation des personnels, les textes de 1936 sur les délégués ne seront intégrés dans le code qu'en 1945. Il faudra attendre 10 ans, c'est vous dire, une nouvelle illustration de la discrétion avec laquelle certaines révolutions potentielles futures apparaissent dans le texte. Les délégués du personnel, quand j'ai eu fait mon histoire du droit du travail, je m'attendais à trouver un texte un peu sérieux sur les délégués du personnel, avec des débats riches, abondants, correspondant au parlement or je m'aperçois que les délégués du personnel apparaissent comme une notule, un petit article très discret dans la loi sur les conventions collectives étendues, tout à fait discrètement. Par la suite le mouvement va certes s'amplifier mais l'entrée dans l'histoire se fait par la petite porte. Donc, les défauts de construction et globalement une organisation de type compilatoire qui ne facilite pas l'usage, la lecture et donc la défense des intéressés et c'est pourquoi mon collègue parlera d'un désordre qui est difficilement justifiable. C'est vrai que c'est un code qui tient plus du fourretout, pourrait-on dire, que de construction rationalisé. C'est pourquoi d'ailleurs dans les années 1960, on n'hésite pas à contester la qualité même de code à ce document. Tout ceci va conduire à une première réforme qui intervient en 1973. Il s'agit d'une remise en chantier avec d'abord un souci d'exhaustivité, de rationalisation, de clarification de la présentation interne. C'est le moment où apparaît dans le code la division que l'on connaît aujourd'hui entre les articles L R D et avec au sein de chaque article une signification bien précise pour chacun des numéros, c'est bien fait et ça permet d'y voir clair assez vite. Malheureusement aujourd'hui, ce langage je ne m'y retrouve plus du tout. Malgré tout cette réforme ne va pas corriger deux des travers du dispositif. Premier travers, son obésité, c'est effrayant 5000 articles. Second reproche, ce texte demeure très largement incomplet, et en particulier ceux qui s'intéressent à l'hygiène et à la sécurité savent bien qu'une bonne partie des textes doivent être recherchés ailleurs.

C'est ce qui conduira à la dernière refonte, introduite en 2008 (loi du 21 janvier) qui vise à remédier à l'obésité de ce texte. Ce texte, dans sa philosophie, entend lui aussi procéder à une restructuration interne, clarificatrice, autour de huit parties au lieu de neuf précédemment, une meilleure intégration donc. On passe à la numérotation à quatre chiffres qui permet en principe de n'avoir qu'une idée par article, donc on démultiplie le nombre des articles et au lieu d'avoir ces articles à tiroir, il n'y a plus qu'un niveau d'analyse. Je m'en remets à vous pour savoir si l'objectif a été atteint n'ayant plus la pratique.

Deuxième aspect c'est la rationalisation par regroupements thématiques autour de pôles de sens en somme. On va par exemple regrouper tout ce qui concerne les salariés protégés qui comportait un noyau dur dans le code du travail ancien. Cela rend l'ensemble plus cohérent, plus plaisant. Résultat : un nombre d'articles multiplié par deux, ça simplifie paraît-il, on est passé de 1892 articles à 3652, avec donc ce souci d'une idée par article.

Troisième souci, celui de maintenance. Il s'agit de maintenir constante la qualité du code. Le code a été réformé pour être à droit constant comme on dira, c'est-à-dire qu'on ne va pas ajouter, on ne va pas retrancher sinon des éléments qui sont devenus obsolètes etc., et on va surtout remodeler le contenu et on s'efforce par la suite de maintenir le service après-vente en intégrant au mieux les nouveaux ajouts. Conclusions qui sont en fait ce que vous attendiez si j'ai bien compris.

Quel avenir pour le code du travail ? Auguste Isaac, patron soyeux et membre de la Chambre de commerce de Lyon, a réagi à l'idée d'un code du travail en disant qu'il était bien une justification de classe. Il pensait que l'on allait finir par introduire dans les entreprises des idées aussi déplacées que celle de la démocratie qui n'ont rien à faire dans l'entreprise. Il écrivait : « Ce que je crois dangereux c'est de faire de ces conversations avec des subordonnés, un système, un droit, une discussion sur le pied d'égalité des conditions de travail. Ces discussions peuvent être nécessaires à de rares intervalles, mais en faire une habitude périodique est périlleux parce qu'on fait naître ainsi des questions inutiles, c'est donner une arme à des enfants, ceux à qui on donne peuvent avoir envie de s'en servir et ils s'en servent en se blessant et en blessant les autres ». C'est tout un programme, un style d'époque des mouvements d'inspiration paternalistes. Le paternalisme qui soit dit en passant mérite d'être écrié, mais il faut lui faire cette justice, d'avoir été parmi les premiers à reconnaître la qualité de travailleurs à part entière aux salariés, contre les libéraux qui réduisent pour l'essentiel les travailleurs à un instrument de production, un pur instrument de production avec les conséquences que l'on sait. Selon les paternalistes, nous avons devant nous des hommes, des femmes et des enfants à part entière, corps et âmes et nous devons prendre soins d'eux dans les deux dimensions. Alors pour le pire mais aussi il faut bien le reconnaître pour le meilleur, puisque l'on aboutit à ce paradoxe que le paternalisme extraordinairement réactionnaire, il s'agit d'en revenir finalement aux relations médiévales, le paternalisme va se révéler le moteur du progrès du droit du travail en matière de protection puisque c'est lui qui va introduire l'idée de prévention des accidents du travail et même en matière de représentation du personnel dans certaines entreprises comme chez Léon Harmel dans la région de Reims qui mettra en place dès les années 1880-1890 un conseil d'usine, alors à sa manière bien sûr, avec son empreinte forte mais il était désigné, mais n'empêche que l'idée qu'une possible parole ouvrière dans l'entreprise est développée et réalisée dans ces lieux.

Conclusions. Quel avenir pour le code du travail ? Trois scénarios possibles, dont deux qui ne me paraissent pas a priori très plausibles. Le premier, c'est le scénario de la révolution conservatrice, c'est-à-dire de la remise en cause de la fonction du code du travail et de son contenu inamovible, sur un thème qui traîne dans la littérature depuis trente ans : faut-il brûler le code du travail ? Et j'en veux pour preuve ce document que j'étais allé chercher à l'époque du côté d'Entreprises et progrès, qui date de 1995 mais qui est en fait la révision d'un document de 1985. Entreprises et progrès, qui est rattaché au CNPF, fait la proposition d'un contrat collectif d'entreprises et avance en substance l'idée d'inverser entièrement la hiérarchie des normes pour placer au centre du dispositif et peut être à son sommet, les normes négociées, celles négociées au plus près du terrain, c'est-à-dire les normes négociées

dans l'entreprise. Viendrait ensuite les normes négociées au niveau des branches d'activités, et celles au niveau national. Dans ce dispositif en somme, la loi, le règlement occupent une place périphérique, une place de filet de sécurité dans l'hypothèse où la grande question n'aurait pas fait l'objet d'une négociation et bien on retrouvera, on retombera sur ce que l'on nomme l'ordre public social mais un ordre public social réduit à sa plus simple expression, extrêmement allégé. C'est une illustration de l'idée de subsidiarité, c'est la mise en œuvre de cette idée que l'État a une fonction de subsidiarité par rapport au pôle de référence qu'est la profession et particulièrement au niveau de l'entreprise. Je pourrais vous citer des passages de ce texte qui mérite d'être repris aujourd'hui parce que dans le fond il exprimait parfaitement la philosophie de ce qui chemine et l'explicite du discours de contestation du rôle du droit du travail. Ce scénario qui est prétendument de dérégulation mais qui est en fait un scénario de re-régulation selon des voies nouvelles et peut être même d'ailleurs de re-régulation proliférante parce que plus on démultiplie le droit et plus le dispositif se complexifie. Au prétexte de simplifier on risque d'aboutir à une complexité inouïe et bien sûr avec des inconnues formidables quant à l'application et la garantie d'application de ce droit. J'imagine, je me mets dans la peau d'un inspecteur du travail, nous serions dans la situation de demander en entrant dans l'entreprise, pouvez-vous nous présenter votre droit s'il vous plait ? Quel est le droit que vous appliquez ici, quels sont vos accords ? On peut penser bien sûr qu'ils seront transmis à la direction départementale du travail. Un droit qui serait totalement morcelé, éparpillé, atomisé et d'une visibilité tout à fait problématique. Ce scénario, bien que recueillant l'approbation d'une partie du patronat, pour des raisons que l'on peut comprendre, paraît peu probable, d'abord parce que mis en œuvre de façon ouverte et brutale, il se heurterait à des protestations tellement massives que les tenants, les acteurs, les auteurs seraient conduits à faire machine arrière. Deuxième raison, ce scénario introduirait une complication invraisemblable dans l'architecture juridique transformée en un manteau d'arlequin, illisible et on ne voit pas le pouvoir politique fut-il de droite, se rallier à ce type de schéma. Je ne les crois pas suffisamment inconscients pour aller dans cette voie, en tout cas ouvertement.

Deuxième scénario également improbable. C'est le scénario inverse, autrement dit le renforcement du code du travail. Je ne le crois pas probable parce qu'aujourd'hui le problème n'est pas de renforcer le contenu du droit du travail, on le voit, il est riche, ce n'est pas parce qu'il comporterait 10 000 articles qu'il serait meilleur. Le problème du code du travail aujourd'hui comme hier, c'est celui de son applicabilité, c'est celui de son application, c'est celui de son effectivité, et par conséquent la question n'est pas de le gonfler, de le développer, de le démultiplier mais c'est au contraire de renforcer sa présence, son effectivité sur le terrain, et là c'est une affaire qui est indépendante. Pour l'essentiel tout est placé dans le code du travail, pour l'opération qui est fondatrice du droit du travail, c'est-à-dire l'opération de rééquilibrage. À ceci près qu'il reste la limite extrême du partage effectif du pouvoir, mais ça c'est une autre histoire.

Troisième perspective, le statu quo. Le statut quo qui a, si l'on n'y prend garde, un effet de désamorçage progressif, d'obsolescence des normes du droit du travail par inapplication. L'architecture du code du travail demeure belle mais il n'y a pas grand-chose dedans. C'est un des risques, en quelque sorte le ramollissement du contenu du code du travail. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne faut pas travailler à la ré-articulation qui s'impose entre le volet social et le volet économique par le développement de la négociation collective mais autour d'un pôle central qui demeurerait le pôle de cohérence de l'ensemble. La question aujourd'hui est celle de la distribution, et non de l'inversion, autour de ce pôle de cohérence et de cohésion. Je crois que les syndicats auraient à gagner en développant la négociation collective. Si j'étais provocateur et je le serais, je dirais que la formule pour développer la négociation en France, la formule miracle serait l'abandon des conventions collectives étendues et le retour au régime de 1919 c'est-à-dire le régime contractuel avec application de la convention collective aux membres du syndicat signataire, les autres étant tenus en marge. On passerait ainsi à une situation marquée par le décuplement des effectifs syndicaux fatalement, comme cela se passe d'ailleurs dans les pays du Nord. Les gens du Nord, contrairement à ce qu'on dit, ne sont pas plus vertueux que les français ou les italiens ou les espagnols, mais ils ont des raisons d'adhérer à un syndicat pour percevoir des indemnités chômage, des mutuelles, pour les dépenses de santé et combien d'autres avantages et services. Les conventions collectives ne leurs sont applicables que pour autant qu'ils sont membres du syndicat signataire. Alors évidemment quand il y a un truc comme ça, c'est à hurler mais en même temps si on est, si on veut véritablement regarnir, redonner une centralité à l'action syndicale, c'est l'une des voies envisageable et celle-ci, je le crois en tout ca, serait particulièrement efficace.

Je terminerai en citant mon collègue et ami Alain Supiot qui a publié un article dans *Le Monde* intitulé « Non, le code du travail n'est pas le problème ! ». Ce papier tombe à point nommé et il dit ceci qui est fort : « Il est temps, il faut cesser de traiter le travail comme la variable d'ajustement (...) le code du travail n'est pas la cause des maux, il faut cesser de traiter le travail comme la variable d'ajustement pour lui reconnaître la place centrale qui a toujours été la sienne dans la création des richesses et la cohésion de la société ». Effectivement la question du code du travail renvoie centralement à la question du travail, de sa place, de sa valeur, de sa richesse aujourd'hui et c'est pourquoi je sortirai un petit livre sur le sujet dans les mois qui viennent.

Merci de votre attention.