



HAL
open science

Le pouvoir patronal au-dessus des lois ?

Emmanuel Dockès

► **To cite this version:**

Emmanuel Dockès. Le pouvoir patronal au-dessus des lois ?. Le Droit ouvrier, 2005, pp.1-5. halshs-00137168

HAL Id: halshs-00137168

<https://shs.hal.science/halshs-00137168v1>

Submitted on 16 Mar 2007

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

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

Le pouvoir patronal au-dessus des lois ?

La liberté d'entreprendre dénaturée par la Cour de cassation

par Emmanuel DOCKÈS, Professeur à l'Université de Dijon

P

ar son arrêt *Carrefour*, du 13 juillet 2004, arrêt dit "des pointeuses" (1), la Cour de cassation affirme que la Cour d'appel de Lyon a porté "atteinte (au) pouvoir de direction" de l'employeur, et qu'elle a ainsi "violé", le "principe fondamental de la liberté d'entreprendre". Par cette motivation, la Cour de cassation rattache expressément le pouvoir de direction à la liberté d'entreprendre. Le pouvoir de direction accède de la sorte au rang de liberté fondamentale. Ce qui lui donne une place enviable dans la hiérarchie des normes, puisqu'il prend ainsi valeur constitutionnelle (2) et valeur de traité (3).

Devenu liberté fondamentale, le pouvoir de direction devient ainsi un principe opposable aux conventions collectives (4) ou même aux lois (5). Et les règles de droit du travail ne peuvent plus être appliquées que si les restrictions qu'elles font subir au pouvoir de l'employeur sont justifiées et proportionnées (6). Rien n'empêcherait plus un juge d'écarter la limitation de la durée du travail (7), certaines règles d'hygiène et de sécurité (8), l'encadrement du licenciement (9), voire même le salaire minimum (10), dès lors que ces règles lui paraissent insuffisamment justifiées ou disproportionnées. C'est le droit du travail dans son entier, qui est ainsi menacé par le raisonnement tenu au sein de l'arrêt *Carrefour* du 13 juillet 2004.

(1) *infra* p. 6.

(2) Sur la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, cf. déjà la décision du Conseil constitutionnel 81-132 DC du 16 janvier 1982.

(3) La liberté d'entreprendre est actuellement consacrée par l'art. 43 al. 2 du traité instituant la Communauté européenne. En cas de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, la liberté d'entreprendre sera visée, sous le nom de "liberté d'entreprise", par l'art. II-76 de la Constitution, issu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

(4) Pour écarter une convention collective il suffirait d'invoquer l'article L 120-2 du Code du travail, aux côtés la liberté d'entreprendre.

(5) Les traités d'application directe, ce que sont notamment les traités fondateurs de l'Union Européenne précités note 2, permettent d'écarter les lois et les règlements.

(6) Ce contrôle de justification, de nécessité ou de proportionnalité des restrictions faites aux libertés et droit fondamentaux a été repris à l'article L 120-2 du Code du travail. Il s'agit d'une méthode générale, applicable en cas de conflit entre plusieurs droits fondamentaux. Elle est désormais reconnue aussi bien par le Conseil constitutionnel (voir not. V. Goesel-Le Bihan, "Contrôle de proportionnalité et Conseil constitutionnel", *R.F.D.C.*, 1997, n° 30 ; ou, par exemple, la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, au sein de laquelle le Conseil rappelle que "les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public") que par la Cour européenne des droits de l'Homme (cf. not. Sébastien Van

Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2001).

(7) Selon la jurisprudence, ordonner l'exécution d'heures supplémentaires fait partie du pouvoir de direction de l'employeur (cf. not. Soc. 9 mars 1999, *Bull. V*, n° 103 ; *Dr. soc.* 1999, p. 630, obs. P.H. Antonmattéi). Les limites de la durée du travail sont donc, directement, des limites faites au pouvoir juridique de l'employeur.

(8) Lesquelles sont des limites évidentes du pouvoir de direction de l'employeur.

(9) Le licenciement est un acte unilatéral de l'employeur produisant des effets de droit à l'encontre du salarié, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un élément du pouvoir de direction, il s'agit encore d'un élément du pouvoir juridique de l'employeur. Et le droit de licencier a déjà été présentée comme découlant de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel (cf. Cons. const. 12 janvier 2002, cité *infra* note 11).

(10) La fixation du salaire relève du contrat. Il ne s'agit pas à proprement parler du résultat d'un pouvoir juridique, *stricto sensu*. Mais, en pratique, le niveau du salaire résulte le plus souvent de l'influence prépondérante de l'employeur. C'est en ce sens que la prévision d'un salaire minimum peut encore apparaître comme une limitation du pouvoir de l'employeur, même s'il ne s'agit plus ici que du pouvoir de fait de l'employeur. Avec la liberté des prix, ce pouvoir de fixation du salaire pourrait lui aussi être perçu comme découlant de la liberté d'entreprendre. Sur les différentes déclinaisons juridiques de la notion de pouvoir, cf. not. E. Dockès, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz 2005, pp. 76-105.

Certes, on peut espérer qu'une telle remise en cause généralisée n'est pas dans l'intention de la Cour de cassation, d'autant que l'arrêt a été rendu en chambre restreinte. La motivation retenue ne serait dès lors qu'une maladresse de rédaction. La lettre aurait dépassé l'esprit.

La pertinence d'un tel optimisme reste cependant à démontrer. Il s'agit tout de même d'un arrêt dont la Chambre sociale a décidé la publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Et, surtout, sa motivation n'est pas sans précédents. Il faut rappeler ici que le Conseil constitutionnel a déjà écarté une définition restrictive du licenciement économique comme portant une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre (11). Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une décision isolée (12). Et ce d'autant moins qu'elle traduit une idéologie aujourd'hui fort répandue, selon laquelle le droit du travail serait une nuisance, qu'il serait souhaitable sinon de supprimer, au moins de réduire au maximum. L'arrêt *Carrefour* doit donc être pris très au sérieux.

Sa motivation est pourtant à ce point en opposition avec la problématique d'ensemble des droits de l'Homme, qu'elle semble mériter la qualification d'erreur de droit. Que la Cour de cassation fasse en partie sienne une idéologie discutable (13) et qu'elle sacrifie ainsi à un certain air du temps, peut s'expliquer. Qu'elle affirme que le pouvoir de l'employeur a une valeur supérieure aux lois, tirée des droits fondamentaux de la personne humaine, est en revanche un pur contresens. Le pouvoir de direction est bien une prérogative de l'employeur, juridiquement reconnue, un droit subjectif. Mais ce droit ne découle pas de la liberté d'entreprendre.

La liberté d'entreprendre se décline en liberté de créer son entreprise et en liberté de gérer son entreprise. Cette liberté, apparue dès le décret d'Allarde, des 2 et 17 mars 1791, est un droit fondamental de première génération. En cette qualité, elle peut être opposée occasionnellement à tel ou tel autre droit fondamental, pour justifier certains compromis. Mais, parce qu'elle est un droit fondamental parmi d'autres, elle prend sens au sein de la problématique des droits fondamentaux. Or, il est totalement exclu d'interpréter un droit fondamental contre tous les autres droits fondamentaux, contre l'idée même de droit fondamental. Or c'est bien ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juillet 2004.

Comme l'ensemble des autres droits fondamentaux de première génération, la liberté d'entreprendre a été pensée, construite, et édictée au nom de la protection des individus contre les pouvoirs qu'ils subissent. L'invoquer au soutien d'un pouvoir contre les individus qui lui sont soumis, contredit frontalement toute la problématique des droits de l'Homme. C'est ce qu'il s'agit de montrer ici (II). Au préalable, on resituera le contexte d'une décision, qui, si elle avait été autrement motivée, n'aurait pas mérité tant d'attention (I).

■ I. Une décision peut-être discutable ■

L'espèce était un exemple des abus auxquels certains employeurs peuvent se livrer, dans le calcul du temps de travail. Les établissements Carrefour avaient placé des pointeuses à proximité des caisses, lesquelles sont situées fort loin des vestiaires et des salles de repos. La

conséquence était particulièrement rude lors des pauses. On sait que la loi n'exige que vingt minutes de pause minimum toutes les six heures de travail (14). Or, des caisses aux salles de repos, le temps de déplacement pouvait dépasser les cinq minutes. Après avoir pointé, le

(11) Cf. Cons. constit. n° 2001-455 DC, du 12 janvier 2002, spéc. pt 46, Dr. Ouv. 2002 p. 59 ; et sur cette décision, le commentaire critique d'A. Lyon-Caen, "Le droit du travail et la liberté d'entreprendre", *Dr. soc.* 2002, p. 258. V. aussi, les décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998 et n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, qui évoquent la liberté d'entreprendre contre le droit du travail, mais d'une manière encore très timorée.

(12) Déjà, certains auteurs perçoivent un mouvement de "fondamentalisation des pouvoirs de l'employeurs" : cf. F. Guiomard, "Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur", *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), éd. Dalloz, 2005, pp. 75 et s.

(13) Le droit du travail n'est pas une nuisance économique, bien au contraire il joue souvent un rôle essentiel pour garantir des conditions économiques efficaces : cf. par ex. F. Eymard-Duvernay, "Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ?", *Dr. soc.* 2004, p. 812 et s. Adde. E. Dockès, « Justifications et moyens d'un droit du travail mondial », in *La mondialisation du droit*, Litec 2000, pp. 463-479 ; "Le pouvoir dans les rapports de travail – Essor juridique d'une nuisance économique", *Dr. soc.* 2004, pp. 620-628 et réf. cit.

(14) Art. L. 220-2 C. trav.

salarié devait donc se dépêcher d'aller vers les salles de repos, pour ne s'y reposer qu'un peu avant de devoir repartir rapidement, afin d'être de retour aux pointeuses à temps. Amputé des temps d'aller et de retour, le temps de repos pouvait ainsi être réduit à presque rien.

Une telle réduction du temps de repos minimal ne pouvait être acceptée. La Cour qualifie le temps du trajet entre les pointeuses et les vestiaires ou les salles de repos, de temps où les salariés sont "à la disposition de l'employeur, tenus de se conformer à ses directives". Il s'agit donc d'un temps soumis, d'un temps de travail effectif, lequel doit être rémunéré comme tel et ne peut être imputé sur le temps de repos.

La Cour refuse cependant que soit ordonné le déplacement des pointeuses à la proximité des vestiaires ou des salles de repos. Ce refus peut être discuté. Les pointeuses sont des outils servant à la preuve du temps de travail effectif. Leur dérèglement ou leur falsification seraient des atteintes au droit de la preuve. Leur positionnement en un lieu qui conduit à sous estimer le temps de travail effectif peut lui aussi être considéré comme une déloyauté condamnable, susceptible de réparation en nature, laquelle supposerait, en l'espèce, le déplacement des pointeuses. La cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, qui avait ordonné ce déplacement, aurait ainsi pu être évitée.

Il faut cependant constater que le plus important était assuré par la décision de la Cour de cassation. Désormais, le temps des pointeuses ne pourra plus être considéré comme une mesure du temps de travail. Au temps affiché par ces appareils, il devra être ajouté le temps nécessaire aux allers et retours des vestiaires ou des salles de repos jusqu'au lieu d'exécution du travail. Et les salariés pourront ainsi bénéficier, notamment, d'un minimum de vingt minutes de repos effectif, toutes les six heures de travail.

La Cour de cassation a estimé que cette garantie était suffisante. Pour motiver une telle décision, il lui aurait alors suffi d'affirmer, par exemple, qu'aucune règle n'ordonne un placement des pointeuses au lieu où commence et où s'achève le temps de travail, dès lors qu'il est bien entendu que le temps indiqué par ces machines n'est qu'un élément, parmi d'autres, dans le calcul du temps de travail effectif.

Une telle motivation, relativement neutre, n'aurait peut-être pas emporté la conviction. Mais elle n'aurait pas non plus mérité de grands développements. La Cour de cassation a préféré adopter une motivation plus clinquante, plus puissante, tirée de la problématique des droits de l'Homme. Et c'est cette motivation qui attire l'attention.

■ II. Une motivation clairement erronée ■

Pour montrer la gravité du contresens réalisé par la Chambre sociale de la Cour de cassation, il est nécessaire de prendre un peu de recul historique.

S'il est une idée centrale qui traverse toute la Révolution française, à partir de 1789, c'est bien l'affirmation de droits, dont l'individu est titulaire, et auxquels les pouvoirs ne sauraient porter atteinte. Les droits de l'Homme sont alors perçus comme autant de barrières dressées face aux atteintes possibles du pouvoir. Il suffit de rappeler que tel est bien le sens de la prohibition des arrestations arbitraires, de la légalité des délits et des peines, de la liberté d'opinion, de la liberté de religion, de la liberté d'expression, de la liberté de la presse, ou encore du droit de propriété. La liberté d'entreprendre, proclamée par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 (15), est de la même eau. Elle emporte

abolition des corporations, sur le modèle de l'abolition des privilèges (16), et ce afin de permettre aux anciens compagnons, de se mettre librement à leur compte, et de se libérer ainsi leurs anciens maîtres. Elle est une liberté proclamée, contre le pouvoir des maîtres, contre la subordination des compagnons devenus "citoyens-ouvriers" (17). Au demeurant nul ne s'y trompait à l'époque, pas plus les ouvriers, qui luttèrent en sa faveur, que les maîtres qui s'y opposèrent autant qu'ils le purent (18). L'édit de Turgot de février 1776, première et éphémère proclamation de la liberté d'entreprendre (19), avait été célébré par une liesse populaire considérable et par une multiplication des actes d'insubordination (20). C'est peu dire que l'arrêt du 13 juillet 2004, qui invoque la liberté d'entreprendre pour renforcer la subordination, serait alors paru incongru.

(15) Art. 7 du décret d'Allarde : "Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon".

(16) Le décret d'Allarde abolit à son article 2 "tous les privilèges de profession sous quelque dénomination que ce soit".

(17) Sur le rêve révolutionnaire d'une société sans maîtres, sans subordonnés, qui inspire l'abolition des corporations et la proclamation de la liberté d'entreprendre : cf. G. Aubin et

J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF 1995, pp. 79-81.

(18) Cf. not. Steven L. Kaplan, *La fin des corporations*, Fayard 2001, p. 429 et s.

(19) La liberté nouvelle fut retirée dès le mois d'août 1776.

(20) Sur ces réactions, cf. Steven L. Kaplan, *op. cit.* pp. 95 et s. et les références citées

Contrairement à ce qu'un regard trop rapide pourrait laisser penser, cet arrêt n'est pas non plus une reprise des argumentations du XIX^e siècle. La liberté d'entreprendre a, à cette époque, été utilisée pour attaquer l'intervention de la puissance publique en faveur des salariés. Et tel est bien aussi le sens dans lequel l'arrêt du 13 juillet 2004 l'utilise. Mais l'analogie s'arrête là. Au XIX^e siècle l'invocation des droits de l'Homme contre les premières et timides avancées du droit du travail, était associée à une certaine négation des pouvoirs de l'employeur. Cette négation était alors commune. Il n'était besoin, dans l'imaginaire des révolutionnaires de 1789, que de supprimer les corporations et autres jurandes, pour que cesse, au moins à terme, la domination des maîtres sur leurs ouvriers. Le pouvoir des maîtres des corporations aboli, une certaine égalité juridique jetait un voile pudique sur les pouvoirs exercés entre personnes privées. La domination de l'employeur fut parfois simplement niée, au profit de la vision utopique d'un échange entre égaux. D'autres fois, cette domination fut présentée comme un phénomène ponctuel, lié au déséquilibre momentané du marché du travail, lequel serait vite résorbé par la libre concurrence (21).

Le pouvoir de l'employeur ainsi évacué, les premières règles du droit du travail pouvaient être présentées comme portant atteinte à la liberté de l'employeur comme à celle des salariés, les uns comme les autres voyant "également" leur liberté d'entreprendre, leur liberté contractuelle, réduite par ces lois nouvelles. Il n'était pas question d'invoquer ouvertement une liberté comme fondement de son contraire, la subordination.

Au fur et à mesure que le pouvoir des employeurs sera reconnu, la liberté d'entreprendre cessera logiquement d'être invoquée efficacement contre le droit du travail. La reconnaissance progressive du pouvoir de l'employeur va de pair avec la reconnaissance de la nécessité de limiter ce pouvoir. Le droit du travail apparaît ainsi, progressivement, à partir de la fin du XIX^e siècle. Les premières libertés susceptibles d'être dirigées contre des

pouvoirs privés sont ainsi proclamées. Il s'agit d'abord de la liberté de coalition, puis de la liberté syndicale, puis, enfin et surtout, en 1946, du droit de grève. Ce n'est cependant qu'à partir des années 1980, que cette évolution a connu son aboutissement. Perçu comme un titulaire de pouvoir, l'employeur s'est vu logiquement opposer ces protections essentielles contre le pouvoir que sont les droits de l'Homme. L'extension de la problématique des droits de l'Homme au droit du travail sera rapide. Elle est partie de l'encadrement du règlement intérieur, avec l'arrêt du Conseil d'Etat "Peintures Corona", du 1^{er} février 1980 (22), suivi par la loi du 4 août 1982 (23). Elle a vite été généralisée par la loi du 31 décembre 1992 et l'article L 120-2 du Code du travail. La pleine reconnaissance de l'existence d'un pouvoir de l'employeur, non seulement en fait, mais en droit, a ainsi logiquement conduit à la reconnaissance d'une opposabilité de l'ensemble des droits fondamentaux aux employeurs. Et, si la liberté d'entreprendre a alors pu retrouver un rôle au sein du droit du travail, c'est logiquement dans son sens originel qu'elle le fit, comme protection des individus contre les restrictions aux libertés qu'un pouvoir peut faire subir (24).

Il est essentiel de comprendre que, *tout au long de son histoire*, la liberté d'entreprendre a été invoquée comme une protection des individus *contre* les atteintes du pouvoir. La négation des pouvoirs privés a permis un temps à la liberté d'entreprendre d'être opposée au droit du travail dans son ensemble, ce droit étant alors perçu comme une emprise des pouvoirs publics sur des individus autonomes et égaux, les employeurs et les salariés. La reconnaissance juridique progressive du pouvoir des employeurs, a bloqué cette vision simpliste. Dès lors que le droit du travail est compris comme une limitation du pouvoir des employeurs, il ne peut plus être présenté comme une limitation d'un droit fondamental : le pouvoir peut être un droit subjectif, mais il n'est jamais un droit fondamental de la personne humaine (25). La liberté d'entreprendre peut toujours être invoquée, contre

(21) Cf. not. V. not. J. le Goff, *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, P.U. de Rennes, 2004, pp. 89-95. et p. 118 et s. Adde., à titre d'exemple, Charles Dunoyer, auteur libéral, qui insiste sur les vices régulatrices du marché et sur la nécessaire abstention de la puissance publique. Cet auteur impute, avec beaucoup d'autres auteurs, les déséquilibres ponctuels du marché du travail à ces ouvriers qui multiplient "le nombre de leurs enfants avec une fécondité bestiale" : Cf. *De la liberté du travail*, t.1, 1845, in *Œuvres de C. Dunoyer*, t. 1, p. 404, disponible sur gallica.bnf.fr.

(22) CE 1^{er} février 1980, "Peintures Corona", Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. Baquet, Dr. Ouv. 1980 p. 211 n. S. Alter.

(23) Art. L 122-35 C. trav.

(24) Cf. not. à propos des clauses de non-concurrence, Soc. 10 juillet 2002, trois arrêts, *Bull. V n° 239* ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les Grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2004, n°45 ; D. 2002, 2491, note Y. Serra. Les arrêts du 10 juillet 2002 visent le "principe fondamental de libre exercice

d'une activité professionnelle", laquelle est une des formulations possibles de la liberté d'entreprendre, prise dans son sens large, lequel inclut la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté du travail.

(25) L'abbé Sieyès l'exprimait ainsi : « *C'est donc une vérité éternelle et qu'on ne peut trop répéter aux Hommes, que l'acte par lequel le fort tient le faible sous son joug, ne peut jamais devenir un droit ; et qu'au contraire l'acte par lequel le faible opprimé se soustrait au joug du fort, est toujours un droit* » : E. Sieyès, Préliminaire de la Constitution - Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'Homme et du citoyen, Paris, Baudoin, 1789, p. 23. Dans ce passage Sieyès parle des droits de l'Homme, des libertés si l'on préfère. Dans ce contexte, l'expression conserve toute son actualité : le pouvoir peut parfois être un droit subjectif, mais il ne peut jamais être un droit fondamental, une liberté : Cf. E. Dockès, *Valeurs de la démocratie - Huit notions fondamentales*, Dalloz 2005, pp. 12-30 ; 91-106 et 151-156.

telle restriction faite à la liberté de créer son entreprise, ou pour légitimer ce droit de nuire qu'est le droit de faire concurrence à autrui, voire pour bloquer certaines interventions de la puissance publique dans la gestion des entreprises privées. Mais, pas plus qu'aucun autre droit de l'Homme, la liberté d'entreprendre ne peut être invoquée pour défendre le pouvoir du chef d'entreprise sur ses subordonnés. Dans ses rapports à ses salariés, ce chef n'est plus un simple individu, pouvant se prévaloir de droits de l'Homme permettant sa protection. Il est un détenteur de pouvoir. Et comme tel il est celui contre lequel les droits de l'Homme sont érigés, comme protection (26).

Cela ne signifie pas que les protections du droit du travail soient incontestables. La limitation d'un pouvoir peut toujours être jugée excessive, inutile ou dangereuse et ce pour toutes sortes de raisons, économiques, philosophiques ou autres. Mais encadrer le pouvoir exercé sur des subordonnés n'est pas attenter aux droits de l'Homme. Il n'existe pas de droit fondamental qui garantisse le droit de commander autrui. Les droits de l'Homme sont des protections juridiques accordées aux individus contre les pouvoirs, ils ne sont pas des protections juridiques accordées aux pouvoirs contre les individus.

Et c'est bien ce qu'il y a de plus étonnant dans l'arrêt du 13 juillet 2004. Cet arrêt reconnaît l'existence du "pouvoir de direction" de l'employeur et il affirme simultanément qu'au travers de la liberté d'entreprendre, ce "pouvoir" a valeur de droit fondamental. Ce qu'il remet en cause n'est donc pas l'existence d'un pouvoir de l'employeur, mais la nature même des droits de l'Homme. Ces droits conçus depuis l'origine comme des protections de l'individu contre le pouvoir, sont pour la première fois utilisés expressément comme des fondements du pouvoir sur les individus (27). L'arrêt du 13 juillet 2004 est donc plus grave encore qu'un retour à l'idéologie du XIX^e siècle. Il affirme qu'un droit de l'Homme soutient le pouvoir d'un chef sur ses subordonnés. Il est une négation en bloc de la problématique des droits de l'Homme.

Le pouvoir du chef, transformé en droit fondamental, devient opposable à la puissance publique et au législateur lui-même. Il prend ainsi certains des caractères

de la souveraineté. Une telle valeur supérieure du pouvoir de l'employeur, qui permettrait de bloquer certaines ingérences de la puissance publique, a déjà été revendiquée. Ainsi qu'on vient de le voir, cette revendication n'a pas eu lieu au XIX^e siècle, période à laquelle le pouvoir était à l'inverse sous-estimé. La revendication d'un pouvoir de l'employeur qui serait juridiquement si fort qu'il pourrait de lui-même bloquer les ingérences de la puissance publique est plus ancienne. Les administrateurs de la manufacture du Creusot l'ont tenté, le 18 avril 1788. Ils espéraient obtenir la faculté d'exercer "une justice seigneuriale" sur leurs ouvriers, et ce afin de contrecarrer les ingérences de la puissance publique ici incarnée par la justice du baillage royal voisin. Il s'agissait d'obtenir du Roi qu'il érige leur établissement industriel en fief (28). Cette revendication, déjà passablement anachronique pour son époque, reçut rapidement et sèchement l'avis défavorable du Garde des sceaux.

La revendication patronale d'un pouvoir dont la force juridique serait si grande qu'elle serait capable d'arrêter d'elle-même la puissance publique trouve ici ses racines. Cette revendication a été rejetée avec fermeté en 1788. Il est inquiétant de voir qu'elle a retrouvé en 2004 de véritables chances de succès. Il est peut-être plus affligeant encore qu'un droit de l'Homme, sensé protéger l'individu du pouvoir, ait pu être invoqué au soutien d'une telle évolution.

Le pouvoir de direction de l'employeur peut être compris comme découlant de la fonction de chef d'entreprise, l'entreprise étant alors conçue de manière plus ou moins organiciste. Il peut aussi, de manière plus convaincante, être conçu comme un effet du contrat individuel de travail. C'est cette dernière conception qui semblait jusqu'ici guider la jurisprudence de la Cour de cassation (29). Mais, n'en déplaise aux rédacteurs de l'arrêt du 13 juillet 2004, le *pouvoir de direction de l'employeur n'est pas un droit de l'Homme, issu des traités et de la Constitution, et qui serait comme tel susceptible de s'opposer aux lois*. Il faut espérer que cette évidence, que deux siècles d'histoire des droits de l'Homme soutiennent, sera bientôt reconnue à nouveau par les hauts magistrats.

Emmanuel Dockès

(26) Sur l'impossibilité d'invoquer le droit de l'Homme à la propriété, comme fondement d'un pouvoir exercé sur autrui, cf. E. Dockès, *op. cit.*, pp. 153-155.

(27) La décision du Conseil constitutionnel précitée, du 12 janvier 2002, fonde le droit de licencier sur la liberté d'entreprendre. Elle laisse place à un possible retour à la tradition de négation du pouvoir qui florissait au XIX^e siècle. Il lui suffit, pour retrouver cette tradition, de considérer que l'acte de licenciement n'est en rien un pouvoir. Une telle réduction de la notion de pouvoir est, bien entendu, peu convaincante : non seulement l'acte de

licencier peut être qualifié de pouvoir de droit (cf. note 8 et réf. préc. note 9), mais encore il s'agit, comme menace, de l'un des principaux leviers du pouvoir de fait détenu par les employeurs.

(28) Sur cette étonnante histoire, cf. Jean Bart, "La féodalité au secours du capitalisme", *Mélanges offerts en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, pp. 3-10.

(29) E. Dockès, "De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur", *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, pp. 203- 211.

ANNEXE

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 13 juillet 2004
Société Carrefour France contre Union des syndicats CGT et a.

Vu le principe fondamental de la liberté d'entreprendre et l'article L. 212-4 du Code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que l'implantation des pointeuses dans les magasins de la société Carrefour de Vénissieux et d'Ecully, de par leur éloignement des vestiaires et des salles de pause, imposant aux salariés des temps de déplacement qui ne sont pas décomptés comme temps de travail effectif, l'union des syndicats CGT des personnels du commerce de la distribution et des services du Rhône, l'Union locale des syndicats CGT des 5^e et 9^e arrondissements de Lyon et l'Union locale CGT de Vénissieux, Saint-Fons, Feyzin ont saisi le Tribunal de grande instance aux fins de voir enjoindre à la société Carrefour de modifier l'implantation de ses appareils de pointage ;

Attendu que pour accueillir la demande des syndicats, la Cour d'appel énonce que l'éloignement entre les pointeuses et les vestiaires ou les salles de repos oblige certains salariés à se déplacer en tenue de travail à l'intérieur du magasin pendant un temps qui soit n'est pas comptabilisé comme temps de travail (trajet entre vestiaire et pointeuse) soit s'impute sur le temps de pause (trajet entre pointeuse et salle de repos) ; qu'ayant revêtu la tenue de travail, les salariés

doivent se conformer aux directives de l'employeur et aller pointer sur la machine déterminée par l'entreprise de telle sorte que le temps de déplacement à l'intérieur du magasin est la conséquence de l'organisation imposée par ce dernier ; que le tribunal en a justement déduit que les dispositions de l'article L. 212-4 du Code du travail imposaient d'implanter les appareils de pointage à proximité immédiate des vestiaires du personnel ; que pour autant celui-ci ne s'est pas substitué à l'employeur auquel incombe le choix des mesures appropriées pour que ces dispositions soient satisfaites ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si la cour d'appel, qui a relevé que lors des déplacements litigieux, les salariés étaient à la disposition de l'employeur, tenus de se conformer à ses directives, en a déduit à bon droit que ces périodes constituaient un temps de travail effectif, elle ne pouvait pour autant imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction et a ainsi violé le principe et le texte susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu.

(M. Finance, f. f. prés. et rapp. - M. Maynial, av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Le Griel, av.)

IMMIGRATION ET MARCHE DU TRAVAIL EN EUROPE

Les politiques migratoires au service des besoins économiques

Lundi 21 mars 2005

L'utilitarisme migratoire : quelques illustrations

- Elargissement de l'UE : la porte entrouverte aux travailleurs, *Claudia Cortes-Diaz, Gisti*
- La « protection » des salariés dans le cadre d'un détachement transfrontalier, *Ismaël Omarjee, Université Paris X Nanterre*
- Les saisonniers agricoles en France : contrats OMI et emploi illégal, *Alain Morice, URMIS-CNRS*

Discutant : *André Fadda, responsable de l'USM-CGT des Chantiers de l'Atlantique*

Orientations et perspectives politiques pour l'immigration de travail

- La politique de sélection menée par l'Union européenne, *Claire Rodier, Gisti*
- Libéralisation des services et recul du droit du travail, *Antoine Math, IRES*
- Quels outils juridiques pour quelle mobilisation ?, *Adeline Toullier, Gisti*

Lieu : FIAP, 30 rue Cabanis, 75014 Paris - inscription 15 €

GISTI Groupe d'information et de soutien des immigrés – 3 villa Marcès – 75011 Paris