



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail

Simon FOUQUET

Doctorant au CRHI, Université Côte d'Azur

Introduction. Factualité de la relation sociale, idéalité de la qualification juridique.
La tension constitutive du droit du travail

Dans sa *Critique du droit du travail*, Alain Supiot s'attache, entre autres nombreuses choses, à faire ressortir le geste fictionnel qui consiste à considérer le travail humain comme un bien négociable et détachable de la personne du travailleur. Cette fiction s'incarne notamment dans la qualification contractuelle de la relation de travail, laquelle a longtemps conduit à considérer, premièrement que cette relation devait demeurer régulée par le principe de la liberté contractuelle individuelle, deuxièmement qu'elle pouvait bien être considérée uniquement comme un échange donnant lieu à des obligations réciproques, c'est-à-dire comme un contrat synallagmatique. De cette subsumption de la relation de travail sous la logique contractuelle dominante tout au moins dans le siècle ayant suivi la Révolution Française, le juriste dit la chose suivante : « La spécificité de la relation de travail disparaît dans cette analyse synallagmatique, cet échange de prestations qui se servent mutuellement de causes »⁵⁴. Une telle affirmation appelle deux remarques. Tout d'abord, la « spécificité » dont il s'agit ici consiste en le fait que le travail n'est pas un bien comme un autre : il implique toujours nécessairement la personne du travailleur et se heurte, de ce fait, à des limites d'usage et d'échange que tout objet ne connaît pas. Ensuite, et par conséquent, cette spécificité remet en cause la « qualification contractuelle » de cette relation de travail : si le travail n'est pas un bien comme un autre, le contrat de travail ne saurait être un contrat comme un autre.

C'est de cette tension entre la réalité sociale de la relation de travail et l'abstraction de sa qualification juridique contractuelle que procède, à son tour, la spécificité de ce corps de règles et de droits que l'on a appelé, dans les premières décennies du XX^{ème} siècle, le droit du travail, notamment par rapport au droit des

⁵⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 95.

contrats⁵⁵. Si beaucoup a déjà été dit de cette spécificité et, éventuellement, de l'autonomie de cette branche du droit⁵⁶, c'est bien cette dimension tensionnelle entre relation et contrat que nous voudrions, dans ce qui suit, mettre en lumière.

Cet article se propose de montrer que l'inadéquation entre la réalité de la relation de travail et sa qualification juridique contractuelle a, depuis le milieu du XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours, conduit à la formation progressive et non linéaire d'un régime contractuel spécifique dont on voudrait suggérer qu'il peut être qualifié de relationnel. Par ce terme, nous entendons une approche dont Jennifer Nedelsky a donné une formulation on ne peut plus claire et concise : « Ce que les droits et le droit font vraiment, en ce moment même, est de structurer des relations qui, à leur tour, promeuvent ou diminuent des valeurs fondamentales telles que l'autonomie »⁵⁷. Ainsi, plutôt que de voir dans le contrat de travail l'expression de la rencontre entre deux volontés libres, on pourra, dans cette perspective relationnelle, voir dans ce contrat une certaine manière de structurer les relations de travail dont il convient d'évaluer la force de promotion ou de diminution de l'autonomie.

Relationnel, le droit du travail moderne peut l'être dit en deux sens, comme nous essaierons de le montrer. D'une part, c'est d'une critique relationnelle – et réaliste, on le verra – que procède cette formation d'un régime contractuel spécifique appliqué au travail : c'est parce que l'on a approché le contrat de travail en tant que forme juridique structurant une relation, en l'occurrence d'inégale puissance⁵⁸, que l'on a été amené à sortir cette relation contractuelle des cadres strictement individualistes du droit des contrats de la fin du XIX^{ème} siècle, tout au moins. Outre ce versant critique, d'autre part, le droit du travail peut être appréhendé dans nombre de ses dimensions comme un droit relationnel, c'est-à-dire comme un droit consciemment orienté vers la construction de relations en fonction de certaines valeurs comme la dignité de la personne, l'autonomie ou encore une certaine forme d'égalité.

Ainsi voudrait-on montrer que le droit du travail peut, certes en grande partie *a posteriori*, être appréhendé comme un droit relationnel au sens où l'entend Jennifer Nedelsky. Il s'agira notamment de suggérer que le droit du travail a été porteur d'une découverte, derrière le contrat, de la relation, sinon d'une substitution de celle-ci à celui-là.

⁵⁵ On choisira cette dénomination de « droit des contrats » afin d'englober les systèmes de *common law* et ceux de droit civil, cherchant par là à mettre en lumière le principe commun qui les anime, à savoir celui de la liberté contractuelle individuelle.

⁵⁶ Voir par exemple A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES, J. ADAMS-PRASSL (eds.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁵⁷ J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », in J-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND, *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, Paris, IRJS Éditions, 2018, pp. 14-15.

⁵⁸ On privilégiera la notion de puissance afin d'éviter toute équivoque entre un pouvoir non juridique mais économique, social et politique, à laquelle la notion de puissance renvoie, et l'acceptation proprement juridique du pouvoir.

Nous suivrons, à cet effet, les deux aspects soulignés par Nedelsky dans sa définition relationnelle du droit. Dans un premier temps, on se concentrera sur la manière dont le droit du travail « structure des relations », après être revenu sur le versant critique de cette approche « relationnelle » - avant la lettre - dont le droit du travail nous paraît avoir procédé. Dans un second temps, il s'agira d'expliquer comment cette manière de structurer les relations de travail se veut promotrice de l'autonomie, notion elle-même soumise à une redéfinition relationnelle qui nous paraît particulièrement indiquée pour comprendre l'idée, centrale en droit du travail, d'autonomie collective.

Une dernière remarque introductive : dans la mesure où l'on se propose ici de suggérer la fécondité heuristique de l'approche relationnelle pour l'interprétation philosophique du droit du travail, le propos qui suit sera nécessairement empreint de certaines stylisations qui pourront paraître quelque peu exagérées, notamment aux yeux du juriste ou de l'historien travailliste. Celles-ci ne nous semblent néanmoins pas inutiles à l'heure où cette discipline juridique traverse, aux yeux de nombreux observateurs et praticiens, une période de crise aiguë d'auto-compréhension et de légitimité⁵⁹.

I.- Naissance du droit du travail : derrière l'égalité formelle du contrat, l'inégalité relationnelle

Les interprétations de l'émergence du droit du travail, depuis la moitié du XIX^{ème} siècle jusqu'à la première véritable consolidation de ces réglementations, un siècle plus tard, sont nombreuses et bien souvent complémentaires. Il est indéniable que des facteurs aussi bien sociaux qu'économiques ou politiques ont pu favoriser l'émergence de ces réglementations diverses selon les pays et les périodes plus précises. L'interprétation que nous proposons ici ne se veut donc ni hégémonique, ni polémique, mais il est à souligner qu'elle s'inscrit dans l'ordre de la philosophie du droit.

Notre point de départ, nous l'avons dit, consiste en une inadéquation ressentie de manière croissante dans les pays industrialisés entre la réalité sociale des relations de travail, réalité essentiellement hiérarchique et inégalitaire, et l'abstraction de sa qualification juridique contractuelle qui postule l'égalité libérale des contractants, en excluant ainsi en principe toute restriction extérieure. Cette inadéquation s'exprime avec une vigueur particulière dans le contexte états-unien, autour d'une jurisprudence du début du siècle qui prendra le nom de son arrêt le

⁵⁹ Voir, entre autres, J. PORTA, « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi*, n° 158, 2019, pp. 95-132.

plus célèbre, l'arrêt *Lochner* de 1905⁶⁰. Au sujet d'un arrêt similaire⁶¹, le juriste américain Roscoe Pound pointait précisément cette inadéquation, dans un article de 1909 : « Pourquoi, alors, les tribunaux persistent-ils dans cette erreur ? Pourquoi tant d'entre eux imposent à la législation une théorie académique de l'égalité en regard des conditions concrètes d'inégalité ? [...] Pourquoi la conception juridique de la relation entre un employeur et un employé est-elle autant en désaccord avec le sens commun de tous les hommes ? »⁶². À la lecture de cet extrait, il semble que la préoccupation de Pound soit de substituer à une égalité formelle, postulée, une égalité concrète, effective. L'usage qu'il fait du terme de « relation » peut toutefois nous mener sur une autre piste interprétative : tout comme dans l'extrait de Supiot discuté en introduction, il s'agit ici d'opposer la relation factuelle à sa qualification juridique contractuelle. C'est donc d'une discordance entre le contrat comme qualification juridique et la relation comme réalité sociale qu'il s'agit. Cette relation, en effet, n'a que les apparences formelles d'une relation entre égaux : d'une part, la nécessité de contracter est bien supérieure pour l'employé que pour l'employeur, ce qui peut conduire le premier à accepter des termes qui lui sont bien peu favorables ; d'autre part, le contrat de travail instaure entre ces deux cocontractants une inégalité durable, un rapport hiérarchique. Ces deux facteurs d'inégalité combinés évoqueraient plutôt une relation d'allégeance, dans laquelle la nécessité nous fait entrer et nous fait accepter la soumission, qu'une relation transactionnelle entre égaux.

Pour Pound comme pour nombre de ses contemporains, il s'agissait ainsi de dénoncer la fiction de cette égale liberté des contractants dans le cadre du contrat de travail. Lui entendait le faire au moyen de ce qu'il nommait une « jurisprudence sociologique », permettant de démystifier les idéalizations d'un droit individualiste et idéaliste. Mais au-delà de cette opposition entre réel et idéal, ou entre sociologie et philosophie⁶³, il nous semble que l'on peut voir dans cette critique les prémices d'une approche relationnelle du droit cherchant à se substituer à une approche individuelle ou atomiste. Il s'agit en effet de ne plus postuler une égale liberté à tous les sujets de droit, mais de voir concrètement si cette liberté contractuelle est la même pour les parties à un contrat en fonction de leur position sociale et du lien précis qu'ils établissent. Une manière, alors, de désigner cette passation de contrat empreinte de nécessité pour la partie faible, peut être de parler non plus d'autonomie – au sens de la liberté contractuelle – mais d'une forme atténuée de cette dernière, l'agentivité, comme le fait Jennifer Nedelsky : « On peut considérer

⁶⁰ Dans cet arrêt, la Cour suprême jugeait inconstitutionnelle une loi de l'État de New York imposant un temps de travail maximum pour les boulangers, au motif d'une restriction injustifiée de la liberté contractuelle.

⁶¹ L'arrêt *Adair v. United States* de 1908 qui jugeait inconstitutionnelles les lois interdisant les « *yellow-dog* » contracts, contrats qui eux-mêmes interdisaient aux travailleurs de rejoindre des syndicats.

⁶² R. POUND, "Liberty of Contract", *The Yale Law Journal*, Vol. 18, No. 7, 1909, p. 454.

⁶³ Pound oppose les écoles « philosophiques » et « sociologiques » en droit et jurisprudence, en particulier dans l'article « The Need of a Sociological Jurisprudence », *The Green Bag*, Vol. XIX, 1907.

également que les réglementations du travail (*employment regulation*), telles que le salaire minimum et le temps de travail maximum, sont porteuses d'un jugement selon lequel, en l'absence d'une telle législation, le pouvoir de négociation supérieur des employeurs résultera en des contrats dans lesquels on peut reconnaître aux employés une certaine agentivité mais pas d'autonomie véritable. Le droit ne devrait donc pas permettre à des gens de se lier à des contrats (dont ils seraient juridiquement responsables) lorsqu'une coercition effective fait obstacle à un agir autonome. Ou, pour le dire dans l'autre sens, le droit ne devrait pas permettre à des gens d'user de la liberté contractuelle – juridiquement garantie – pour arracher des accords qui n'ont pas été donnés de manière autonome. »⁶⁴

Il est intéressant de noter que le raisonnement contrefactuel de Nedelsky correspond tout à fait aux critiques adressées par Pound à l'idéologie juridictionnelle de la liberté contractuelle un siècle plus tôt : l'autonomie, ou la liberté contractuelle, n'est qu'un vain mot, nous disent en substance les deux auteurs, dans ce cas où le contexte relationnel et social est essentiellement inégalitaire.

Ce qu'apporte en outre Nedelsky, c'est l'idée que les réglementations restreignant la liberté contractuelle dans le cadre du contrat de travail – qu'il s'agisse de la rémunération, du temps ou des conditions de travail, et que ces réglementations soient imposées à un niveau légal ou conventionnel – procèdent d'une critique proprement relationnelle de la qualification juridique contractuelle du rapport d'emploi. Si, en effet, on considère avec elle que le droit et les droits structurent des relations, alors il faut apprécier la liberté contractuelle au prisme des relations qu'elle structure ou structurait : on l'a dit, en l'absence des réglementations la restreignant, cette liberté structurait des relations d'inégalité patente, allant à rebours de l'affirmation formelle d'une autonomie bilatérale.

On peut donc considérer que le droit du travail, si l'on entend par là les réglementations restreignant la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de travail, procède d'une critique de l'idéologie contractuelle individualiste au nom d'une appréhension relationnelle des liens contractuels. Ou, pour le dire autrement, d'une reconnaissance, par le droit, de ce qui se cèle derrière le contrat, à savoir une relation.

II.- L'intégration de la dimension relationnelle dans le contrat de travail

De cette appréhension relationnelle du contrat de travail résulte donc la formation d'un régime contractuel spécifique restreignant la liberté contractuelle des parties, comme l'exprime clairement une auteure qui en suggère ici, d'ailleurs, l'extension à d'autres situations contractuelles, ce sur quoi nous reviendrons :

⁶⁴ J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 174.

« L'égalité des parties est présumée par le droit des contrats et seule l'intervention du législateur, par la création de régimes particuliers, assure la prise en considération de l'inégalité économique. Ce cantonnement de la considération de l'inégalité économique dans certains régimes de contrats n'est pas sans problèmes. [...] Le problème réside en particulier dans la conception étanche des catégories de contrats qui engendre un traitement distinct de l'inégalité de puissance économique selon le type de contrat retenu. Dans le cadre des contrats visant la production de biens ou de services, il en résulte un traitement juridique différencié des inégalités économiques entre cocontractants selon la nature du contrat qui les unit : lorsqu'un contrat de travail lie les parties, la vulnérabilité économique du salarié est considérée, alors que l'absence d'un tel contrat résulte en une appréhension présumant l'égalité des cocontractants. »⁶⁵

Outre ce changement de focalisation du contrat vers la relation, ce qui doit nous intéresser est la manière dont la relation a pu être intégrée au contrat. Une fois encore, l'approche relationnelle du droit constitue une clé de lecture stimulante de l'histoire et de la rationalité du droit du travail, à en juger notamment par l'importance de la discipline travailliste dans le développement de la théorie du « contrat relationnel » d'Ian R. Macneil. Ce juriste américain développe en effet, dès les années 1960, une théorie du contrat qui se veut alternative à la théorie de la rencontre ponctuelle des volontés libres. Macneil cherche, d'une certaine manière, à acclimater juridiquement l'idée durkheimienne selon laquelle « tout n'est pas contractuel dans le contrat », en mettant en évidence non seulement le contexte relationnel et social dans lequel s'inscrit la passation d'un contrat, mais également l'intégration de cette dimension relationnelle dans le contrat lui-même. À cet égard, comme il le reconnaît lui-même⁶⁶, les outils juridiques travaillistes, et tout particulièrement les conventions et accords collectifs, constituent une illustration presque parfaite de ce qu'il entend par « contrat relationnel ». Notons tout d'abord que cette notion se caractérise par l'observance par les parties au contrat d'une dizaine de normes comportementales qu'une auteure regroupe sous les trois pôles de la coopération, la flexibilité et la réciprocité⁶⁷. Empruntant à chacun de ces pôles, un aspect primordial dans l'élaboration et l'identification des contrats relationnels selon Macneil est l'intégration, dans le contrat, de clauses et stipulations organisant, dans la durée, les relations entre les parties au contrat, qu'il s'agisse de renégociation ou de règlements des litiges. Cet aspect procédural est très présent dans les conventions

⁶⁵ I. MARTIN, « Prendre la puissance économique au sérieux : jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production », in *Les Cahiers de droit*, Vol. 57, n° 1, 2016, pp. 57-58.

⁶⁶ Il reconnaît sa dette envers Lon Fuller, Clyde Summers et Otto Kahn-Freund dans I.R. MACNEIL, « Reflexions on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 141, n° 4, 1985, p. 541.

⁶⁷ H. KASSOUL, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *Cycle annuel de conférences d'ouverture du CERDP*, Mars 2018, Nice.

collectives, qui vont donc servir à Macneil d'exemple-type pour établir son opposition graduée entre contrats transactionnels et contrats relationnels⁶⁸.

Se révèle alors, à nos yeux, une profonde homologie de structure entre la notion de « contrat relationnel » telle que développée par Macneil et les outils contractuels propres au droit du travail, qu'il s'agisse des contrats collectifs ou des contrats individuels. Cette homologie tient à la notion d'intégration : là où le contrat de travail constitue l'exemple le plus pur du contrat relationnel, c'est dans sa nature d'acte-condition⁶⁹, c'est-à-dire d'application à un cas individuel d'un statut général, en l'occurrence celui de salarié. Le contrat relationnel se définit bien, en effet, par sa dimension d'intégration dans une relation, c'est-à-dire par la pérennisation d'une forme de statut juridique dans le cadre de la relation contractuelle. Pour le dire autrement, un contrat de travail apparaît comme relationnel dans la mesure où sa passation, certes ponctuelle, déclenche dans la durée l'intégration de ses parties à un réseau de relations individuelles et collectives, qui ont pour objet la perpétuation et l'adaptation de la relation contractuelle elle-même, et qui prennent la forme de procédures de révision et d'arbitrage souvent fortement formalisées. Les contrats de travail, individuels ou collectifs, tirent leur nature relationnelle de leur forte dimension procédurale, en somme.

Le schéma d'intelligibilité des contrats, individuels ou collectifs, propres au droit du travail, que nous avons esquissé jusqu'à présent est donc le suivant : il serait le résultat, d'abord d'une approche critique relationnelle de l'idéologie contractuelle traditionnelle, puis d'une intégration de la relation au contrat, débouchant sur la formation de ce régime contractuel spécifique. Cette interprétation nous semble à son tour pouvoir être généralisée et appliquée à d'autres situations contractuelles mettant en jeu une patente inégalité des cocontractants, en vue d'une protection de la partie faible. Nous voudrions en donner deux exemples, tous deux conséquences de la nouvelle réalité qui est celle de l'entreprise en réseau : celui des contrats propres à ce que l'on peut appeler le capitalisme de plateforme, et celui des relations inter-firmes, au premier rang desquelles la sous-traitance. Ces deux phénomènes de relations entre « entreprises » cèlent manifestement des inégalités de puissance que la présomption contractuelle d'égalité des contractants ne permet pas de prendre en compte juridiquement. Aussi tant les travailleurs « indépendants » que les firmes sous-traitantes se trouvent-elles bien souvent dans des situations de dépendance économique vis-à-vis de leurs donneurs d'ordre, sans que le droit n'aménage de protections analogues à ce que le droit du travail a permis de mettre

⁶⁸ I.R. MACNEIL, « Many Futures of Contract », *Southern California Law Review*, Vol. 47, n° 3, 1974, pp. 759, 760, 789, 814.

⁶⁹ Notion employée notamment par Georges Scelle et Léon Duguit pour caractériser le contrat de travail et le démarquer des contrats classiques, l'acte-condition déclenche l'application d'un statut en l'occurrence conventionnel et légal. Cf. en particulier G. SCELLE, *Le Droit ouvrier*, 2^e édition, Paris, Armand Colin, 1929.

en place. Quelques auteurs⁷⁰ en appellent alors à une analyse relationnelle générale de ces liens de travail et de production, afin de faire émerger un schéma commun permettant de sortir de la binarité aujourd'hui mise à mal entre indépendance et salariat. Des outils d'analyse issus de la sociologie économique pourraient alors offrir la possibilité d'appréhender de manière plus réaliste les situations de puissance et de vulnérabilité économiques dans les réseaux de production et, *in fine*, d'introduire des mécanismes régulateurs dans le droit des contrats⁷¹. De même, dans le cas des travailleurs « indépendants » exemplifiés par le capitalisme de plateforme, une telle analyse relationnelle pourrait permettre d'argumenter par exemple en faveur d'un droit à la négociation collective jusqu'ici attaché au seul statut salarial. De manière générale, ainsi, une appréhension et une évolution relationnelles de ces contrats permettraient de poser de manière directe la question de l'intégration de dimensions procédurales au contrat en vue d'une protection accrue de la partie faible.

Au terme de ces remarques, on perçoit comment l'approche relationnelle pourrait ouvrir la voie à l'usage d'une méthode de généralisation et respecification analogue à celle utilisée par les tenants de la sociologie de la constitution et du constitutionnalisme sociétal, en premier lieu Günther Teubner⁷². Il s'agirait cette fois-ci de l'appliquer au droit des contrats. Reste toutefois à déterminer en quoi cette évolution relationnelle du contrat, effective dans le cas du droit du travail et éventuelle dans le cas du droit commun des contrats, peut s'acquitter de la tâche fixée par Nedelsky, à savoir celle de promouvoir l'autonomie. La question à laquelle il va nous falloir répondre dans la seconde section de ce propos est donc la suivante : en quoi l'approche relationnelle permet-elle de promouvoir l'autonomie des sujets de droit ?

III.- Reconcevoir l'autonomie : autonomie relationnelle et autonomie collective

Telle que nous l'avons reconstruite, l'appréhension relationnelle du contrat en droit du travail s'est développée autour d'une critique du dogme de la liberté contractuelle, laquelle s'est par la suite trouvée restreinte par les mécanismes notamment collectifs d'encadrement des termes du contrat. Ainsi le relationnisme paraît-il entrer en contradiction avec la notion fondatrice d'autonomie, si on l'entend comme une indépendance individuelle, une liberté à l'égard des normes notamment étatiques de disposer comme l'on veut de son patrimoine.

⁷⁰ P-P. VAN GEHUCHTEN, « Aborder les formes juridiques du travail (indépendance ou salariat) par le prisme de la notion de « contrat relationnel » ? Propos d'étape », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 76, n° 1, 2016, pp. 119-145 ; I. MARTIN, *op. cit.*

⁷¹ I. MARTIN, *op. cit.*, pp. 84 à 95.

⁷² Cf. notamment G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016.

Cela dit, l'approche relationnelle du droit telle que la développe Nedelsky se donne pour tâche centrale de repenser précisément cette notion d'autonomie au prisme de l'importance des relations, tant du point de vue de l'anthropologie philosophique que de la théorie juridique. Cette tâche implique tout d'abord une critique de la conception de l'autonomie comme indépendance ou isolement individuels, puis une substitution, à celle-ci, d'une compréhension de l'autonomie comme relationnelle, c'est-à-dire comme émergeant des relations structurant le soi des individus. Dans ce cadre, les notions juridiques jouent un rôle clé, à la fois symbole et réalisation de ces paradigmes concurrents de l'autonomie. Nedelsky entend ainsi substituer à la centralité de la propriété privée une autonomie pensée sur le modèle de la relation : « L'autonomie, dans cette approche, n'est pas un présupposé statique au sujet de la nature humaine, mais une capacité dont la réalisation est toujours changeante. De ce fait, la propriété, qui est traditionnellement à la fois le symbole et le réquisit de l'autonomie comme indépendance, est remplacée par une attention à la dynamique essentiellement fluide et contingente du processus et de la relation. »⁷³. Nedelsky y insiste à de nombreuses reprises, il faut surmonter la fausse dichotomie entre l'autonomie et le collectif, puisque les individus sont irrémédiablement constitués par leurs relations.

Si elle tente de tirer les conséquences d'une telle reconception sur le terrain des théories féministes du droit ainsi que dans le domaine du droit administratif, il nous semble que cette acception relationnelle de l'autonomie, en particulier dans sa vocation à surmonter cette opposition au collectif, trouve des échos tout à fait saisissants en droit du travail également. Dans cette discipline juridique, en effet, on trouve également une compréhension de l'autonomie qui mérite d'être contrastée avec ce que l'on peut, à la suite de Nedelsky, appeler le paradigme propriétaire de l'autonomie : cette compréhension alternative s'articule autour de la notion d'autonomie collective. Désignant, de la manière la plus compréhensive possible, la faculté reconnue à des groupes sociaux – notamment les partenaires sociaux – d'édicter eux-mêmes les normes juridiques qui leur seront applicables⁷⁴, cette notion d'autonomie collective se rapproche sensiblement de l'idée d'autonomie relationnelle. En particulier, dans les deux cas, on a l'idée que l'autonomie ne vise pas tant l'indépendance et l'absence de régulation qu'un certain mode d'édiction des normes. L'autonomie collective ne désigne pas, en effet, une absence de régulation des relations de travail, mais une régulation qui ne soit pas directement étatique – pour le dire positivement, une régulation intégrée aux relations collectives de travail. En retour, une appréhension relationnelle de l'autonomie collective peut permettre de nuancer le réquisit

⁷³ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 119

⁷⁴ À ce sujet, voir notamment M. LE FRIANT, « Collective Autonomy : Hope or Danger », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 34, n° 3, 2013, pp. 627-654.

d'abstention intégrale de l'État que certains auteurs s'efforcent de lui attacher⁷⁵ : les normes étatiques peuvent en effet jouer un rôle dans la mise en place et les garanties apportées au bon fonctionnement de ces relations collectives de travail, et cette autonomie n'a nul besoin d'être synonyme d'indépendance totale à l'égard de l'État pour être appelée telle. On gagne ainsi à appréhender de manière relationnelle cette autonomie collective, en cessant de lui appliquer cette dimension rémanente d'indépendance totale et en lui conférant un aspect plus gradué⁷⁶.

Après avoir esquissé les grandes lignes de ce rapprochement entre le concept d'autonomie relationnelle et la notion d'autonomie collective, nous souhaiterions en suggérer le caractère opératoire sur une question juridique plus précise, devenue centrale au gré des dernières réformes apportées au droit du travail en France au cours des années 2010 : celle du recours accru aux accords et référendums d'entreprise.

Une remarque d'abord sur le contexte : nombre de réformes du droit du travail français, depuis 1982, ont peu à peu conduit à ce que de nombreux auteurs appellent une décentralisation de la négociation collective⁷⁷, c'est-à-dire une remise en cause de la primauté jusqu'ici accordée aux normes de portée supérieure – négociation de branche ou interprofessionnelle et normes législatives notamment. À ce mouvement, les ordonnances dites Macron de 2017 ont apporté un sérieux coup d'accélérateur, à au moins deux égards. Premièrement, la primauté de principe revient désormais à la négociation d'entreprise, puisque les ordonnances prennent la peine de lister de manière restrictive les sujets sur lesquels les négociations de branche conservent leur primauté⁷⁸. Deuxièmement, et cela touche ici non plus au niveau mais à la procédure de négociation même, il est désormais possible pour un employeur, dans une entreprise de moins de onze salariés, de rédiger seul un accord pour le soumettre à la ratification des salariés, une majorité des deux tiers du personnel étant exigée : cette possibilité fait pour le moins douter du caractère négocié de tels accords⁷⁹.

Si de nombreuses voix, patronales aussi bien que politiques ou économiques, ont cherché à convaincre du gain non seulement d'efficacité mais aussi de légitimité qu'un tel mouvement de décentralisation pouvait permettre, on peut en douter, précisément au prisme que nous avons cherché à élaborer dans cet article, à savoir celui de l'appréhension relationnelle de l'autonomie collective. Il ne suffit pas, en effet, de parler d'autonomie collective à l'égard de l'État pour que celle-ci

⁷⁵ Voir notamment P. REMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *Semaine Sociale Lamy*, 2011, Supplément n° 1508 sous la direction de P. WAQUET.

⁷⁶ Comme le propose par exemple M-L. MORIN dans *Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 113-114.

⁷⁷ Il s'agit d'un phénomène européen, cf S. LEONARDI, and R. PEDERSINI (eds), *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralization trends in five European countries*, Brussels, ETUI, 2018.

⁷⁸ Voir P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail ? », *Recueil Dalloz 2017*, p. 2109.

⁷⁹ Voir Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Droit social*, 2020, p. 854.

soit effective en ce qui concerne les parties faibles à ces accords, en l'occurrence les collectivités de travailleurs, quelle que soit leur forme. Pour évaluer le véritable apport en autonomie de ces réformes, il convient de l'approcher sous le prisme relationnel, ce qui donne au moins deux raisons de douter de cette présentation avantageuse. D'une part, il convient de rappeler que la primauté accordée à la branche ou au niveau interprofessionnel procédait précisément de l'idée suivante : plus on montait en généralité collective, plus les intérêts des travailleurs étaient conçus et représentés de manière large, et plus les rapports de force inhérents à la négociation s'équilibraient. Ainsi doit-on se garder de faire s'équivaloir conceptuellement la négociation et l'égale autonomie, au risque de retomber dans une idéalisation juridique finalement analogue au dogme de la liberté contractuelle individuelle que le droit du travail a précisément pour vocation d'encadrer et de restreindre. D'autre part, le fait même de ranger sous la catégorie de négociation une ratification référendaire d'un texte élaboré par la seule partie patronale constitue manifestement une mystification juridique qui va à l'encontre de la logique relationnelle fondatrice du droit du travail ou, pire encore, qui la vide de toute ambition protectrice et égalisatrice. Le salarié se retrouve alors seul à devoir exprimer son opinion, alors même que c'est la montée en généralité vers le collectif qui devait lui garantir une forme d'autonomie dans la négociation.

Sur cette question, donc, de la primauté accordée aux accords d'entreprise et du recours accru au référendum en droit du travail, il nous semble que la notion d'autonomie collective relationnelle fournit un cadre d'appréhension critique opératoire, puisqu'il permet de déceler dans le détail, et derrière les discours, ce que les évolutions les plus récentes du droit du travail font à une autonomie qu'elle s'est longtemps fait fort de promouvoir.

Conclusion

Au terme de ces analyses, il nous semble que cette appréhension relationnelle du droit du travail offre au moins trois avantages. D'un point de vue historique et théorique, l'approche relationnelle apparaît comme un outil heuristique intéressant en ce qui concerne l'interprétation de la rationalité historique du droit du travail : ce dernier se trouve alors compris selon une logique critique et réaliste à l'égard de l'idéalité de certains concepts juridiques, en particulier celui de la liberté contractuelle individuelle. Plus précisément, l'approche relationnelle permet de donner toute son ampleur à la redéfinition critique du contrat que porte en lui le droit du travail dans sa formation et son développement. Une telle démarche de reconstruction normative permet à son tour, deuxièmement, d'ouvrir des perspectives critiques sur le droit du travail contemporain. D'une part, du point de vue de son extension, une généralisation et respécification de cette approche relationnelle du contrat pourrait bien constituer une ligne d'argumentation aussi bien théorique que technique dans la perspective d'une extension des mécanismes

protecteurs du droit du travail vers d'autres situations contractuelles, en premier lieu celles du travail dit indépendant et des contrats de sous-traitance. D'autre part, l'approche relationnelle permet de conférer un contenu normatif à l'autonomie collective qui entre en contradiction avec les évolutions les plus récentes du droit du travail, notamment la décentralisation de la négociation collective et le recours accru au référendum d'entreprise. Enfin, et c'est là le troisième avantage que nous voyons à cette appréhension relationnelle du droit du travail, celle-ci nous semble propre à restituer au droit du travail sa force subversive de paradigme juridique concurrent aux modèles individualistes ou étatiques, quelque peu émoussée par les évolutions contemporaines. En somme, l'approche relationnelle du droit du travail pourrait permettre d'y voir le laboratoire juridique d'une théorie sociale aussi bien du droit que de la démocratie.