

La flexibilité, réponse du Royaume-Uni à la crise

par *Hugh COLLINS* (1), London School of Economics

PLAN

- I. Les mesures d'allègement des contraintes pesant sur les entreprises
- II. Les clauses de flexibilité
- III. Le contrat et le « règlement d'entreprise » (Company rule-book)
- IV. Le licenciement pour refus d'acceptation d'une modification des termes de l'emploi
- V. Conclusion

A la suite de la crise financière de 2008, le Royaume-Uni (RU) a subi une récession économique faisant écho à un syndrome plus global affectant l'économie mondiale. A la fin de l'année 2011, il n'y a toujours pas de signe de reprise significative de la croissance. Le taux de chômage, d'environ 8 % de la population active (près de 2,5 millions de chômeurs), n'a guère fluctué depuis de nombreux mois (2). Bien qu'il y ait eu quelques signes hésitants de croissance dans certains domaines du secteur privé de l'économie britannique, les restrictions budgétaires dans le secteur public ont provoqué plus de pertes d'emplois que les quelques gains réalisés dans les rares secteurs en croissance. Le taux de chômage est particulièrement élevé chez les jeunes de 16 à 24 ans : il s'élève à près de 20 % parmi ceux qui ne suivent pas une formation à temps plein. Bien que les syndicats du secteur public aient protesté contre les licenciements économiques, le gel des salaires et la baisse de la valeur des pensions de retraite de leurs membres, les grèves sont restées étonnamment peu fréquentes en 2011, au plus bas niveau depuis la grande dépression de 1931. Ceux qui ont eu la chance de conserver leur emploi ont néanmoins subi une baisse marquée de leur niveau de vie, résultat de l'augmentation des impôts et du gel des salaires ou d'augmentations très faibles, bien en dessous du taux d'inflation qui se situe autour de 5 %.

Cet article examine la réponse du gouvernement britannique à la récession économique, pour ce qui concerne le droit du travail. Afin que ces développements puissent être bien compris, les initiatives du gouvernement doivent être replacées dans le contexte du droit existant. L'image qui se dégage, de notre point de vue, est que la principale réponse à la crise a consisté dans l'augmentation de la flexibilité donnée aux employeurs pour la gestion de leur personnel. Cette flexibilité comporte une dimension numérique, c'est-à-dire la possibilité de réduire les coûts du travail par les licenciements, et une dimension fonctionnelle qui passe par une redéfinition des conditions de l'emploi. En d'autres termes, le cadre légal a été adapté pour permettre aux employeurs de réduire leur effectif sans guère de contraintes juridiques et, dans le même temps, d'accroître la productivité de la main-d'œuvre restante en augmentant la durée du travail et en intensifiant les exigences liées à l'emploi. Ces évolutions peuvent être considérés comme une attaque contre le droit du travail lui-même, dans la mesure où cette branche du droit est perçue comme devant être la source d'une protection juridique des travailleurs face au pouvoir du chef d'entreprise.

Il n'est pas inutile de comparer rapidement l'approche suivie au RU avec celle recommandée par l'Union européenne dans son document d'orientation intitulé *"De nouvelles compétences pour de nouveaux emplois"* (3). Les politiques

(1) h.collins@lse.ac.uk ; traduction : Sophie Robin-Olivier.

(2) Source : Office of National Statistics, Labour Market Statistics, October 2011. <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/lms/labour-market-statistics/october-2011/statistical-bulletin.html#tab-For-June-to-August-2011->

(3) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions : An Agenda for new skills and jobs : A European contribution towards full employment. /* COM/2010/0682 final

soutenues par la Commission européenne constituent un nouvel avatar de l'idée de "flexicurité" en vertu de laquelle, en échange d'une plus grande flexibilité dans le fonctionnement du marché du travail, les Etats garantissent une plus grande sécurité économique aux travailleurs dans le cadre du système de sécurité sociale, un soutien accru à l'amélioration des compétences de la main-d'œuvre nationale, des règles destinées à améliorer la qualité des emplois et les conditions de travail et des politiques actives du marché du travail pour favoriser la création d'emplois et aider les salariés à trouver des emplois convenables. L'Union européenne recommande en particulier aux Etats membres d'adopter des mesures visant à renforcer l'assurance-chômage, les incitations à la création d'emplois pour les entreprises, les mesures de soutien au travail à temps partiel, l'amélioration de l'accès à la formation et au développement des compétences, les programmes ciblés de soutien à l'emploi, la réduction de la segmentation du marché du travail par l'augmentation de l'emploi à plein temps et à durée indéterminée, la promotion des partenariats visant à résorber le chômage, le développement de la mobilité géographique, y compris les migrations économiques de pays tiers... Le gouvernement britannique n'a montré que peu d'intérêt pour ce programme et, dans certains cas, la politique menée a même été orientée de manière diamétralement opposée. Par exemple, l'augmentation du montant maximum des frais d'inscription à l'université, qui sont passés de £ 3,000 à £ 9,000 par an, est difficile à faire entrer dans le cadre d'une politique visant à faciliter l'accès à la formation et au développement des compétences. Il est vrai, cependant, que, malgré la réduction des dépenses publiques, le gouvernement britannique a apporté son soutien à un fonds pour la croissance et l'innovation (4), qui a pour objectif d'apporter une aide publique égale aux investissements réalisés par les employeurs pour l'amélioration des compétences de la main-d'œuvre dans certains secteurs ciblés.

En ce qui concerne les droits des travailleurs et les restrictions imposées aux pouvoirs des employeurs, l'UE ne semble soutenir que des améliorations et des clarifications minimales dont le but est de rendre l'*acquis* plus facile à comprendre et à appliquer. L'Union reconnaît qu'il peut être nécessaire de limiter la "bureaucratie", c'est-à-dire les contraintes administratives non indispensables qui pèsent sur les entreprises. De surcroît, l'UE admet que sa propre législation ne doit pas faire obstacle à l'adaptation des entreprises aux nouveaux modes de travail et aux nouvelles technologies. Le RU est tout à fait en accord avec cette idée qu'il faut limiter la bureaucratie et a publié un document intitulé « *Le défi bureaucratique* » ("Red tape challenge") (5), qui invite chacun à suggérer les règles de droit du travail qui devraient être abolies ou modifiées. Mais ce que le gouvernement britannique entend par l'élimination des contraintes administratives est en réalité davantage tourné vers la dérégulation que ne le suggère l'idée d'une adaptation marginale aux changements technologiques.

I. Les mesures d'allègement des contraintes pesant sur les entreprises

Il est important de souligner que la théorie économique qui forme le soubassement du droit du travail au RU et qui détermine les choix politiques du gouvernement britannique a pour point de départ un modèle économique néo-classique qui considère la plupart des règles juridiques relatives à l'emploi comme des coûts pesant sur les entreprises, qui affectent leur rentabilité et leur compétitivité. L'avantage comparatif de l'économie du RU est donc considéré comme le résultat, dans une très large mesure, d'une réglementation peu contraignante des rapports de travail. Par exemple, dans un document récent relatif à la politique menée, le gouvernement indique que : « *Un élément clé des performances du marché du travail du RU tient à la légèreté de notre système de réglementation de*

l'emploi. Le marché du travail, comme d'autres marchés, a besoin d'un cadre réglementaire, mais le système britannique est moins onéreux que la plupart des autres systèmes. Selon l'OCDE, le marché du travail du RU est l'un des moins réglementés des pays développés, seuls les Etats-Unis et le Canada ayant des réglementations globalement plus légères (OCDE, Indicateurs de la protection de l'emploi, 2008). Notre système de réglementation de l'emploi est un élément important de l'avantage comparatif du RU » (6).

Dans cet esprit, le gouvernement a annoncé un moratoire de trois ans sur toutes les mesures concernant le droit du travail et a mis en place une étude détaillée de toutes les lois en vigueur afin de mesurer les

(4) Department for Business, Innovation and Skills, *Skills for Sustainable Growth* (Londres, 16/11/2010).

(5) <http://www.redtapechallenge.cabinetoffice.gov.uk/home/index/>

(6) Department for Business, Innovation and Skills, *Flexible, Effective, Fair: Promoting economic growth through a strong and efficient labour market* (Londres, oct. 2011), § 4.

possibilités d'adaptation, de modification ou de suppression qui permettraient de réduire les coûts pour les entreprises. Bien des changements proposés paraissent, à première vue, d'une nature plutôt technique et sans conséquence majeure, mais leur effet plus général est de démanteler progressivement un cadre réglementaire qui s'efforçait de renforcer la protection des intérêts des salariés face au pouvoir de l'employeur.

Depuis 2010, par exemple, dans les entreprises de plus de 250 travailleurs, les salariés bénéficient d'un droit de demander un congé pour étudier ou se former sur leur lieu de travail ou en dehors. Il s'agit seulement d'un droit de demander un congé, non d'un droit au congé ou d'un droit à un congé de formation rémunéré. Ce droit protège les salariés contre les mesures de rétorsion que pourrait prendre l'employeur et garantit que les employeurs considéreront de telles demandes sérieusement et qu'ils ne les rejeteront que pour des raisons tenant à l'intérêt de l'entreprise. Cette mesure est tout à fait dans la ligne de la stratégie pour l'emploi de l'UE indiquée ci-dessus. Le droit de demander un congé devait être étendu aux entreprises de moins de 250 salariés à partir d'avril 2011, mais cette mesure a été abandonnée au motif que cela ferait économiser jusqu'à £ 350 millions par an aux petites entreprises. Le gouvernement indique qu'en l'absence d'un tel droit, les PME pourront décider elles-mêmes de leur besoins de formation, sans charge administrative coûteuse. De même que l'économie réalisée apparaît purement spéculative, au mieux, cette politique peut être discutée en raison du fait qu'elle ne paraît pas se préoccuper du fait que les PME pourront tout simplement décider de se dispenser des dépenses de formation de leur personnel, sur le lieu de travail ou en dehors, ce qui, sur le long terme, aura des conséquences dommageables sur l'employabilité des salariés. Cela n'est qu'un petit exemple qui montre la manière dont le souci de réduire les coûts et les charges administratives pour les entreprises mène à la dérégulation, ce qui risque d'affecter, à plus long terme, la compétitivité des entreprises, lesquelles n'auront plus à leur disposition la main-d'œuvre dotée des compétences adaptées.

Bien d'autres exemples de changements mineurs dans le droit du travail, destinés à réduire les coûts des entreprises, ont été proposés et seront probablement mis en œuvre. Parmi eux : la réduction des dommages et intérêts octroyés en cas de discrimination, la réduction de la période de consultation obligatoire avec les salariés avant de procéder à des licenciements économiques, l'élimination des mesures de protection des salariés transférés en cas de changement d'employeurs allant au-delà des exigences de la directive européenne sur les transferts d'entreprises, la suppression de la responsabilité de l'employeur en cas de harcèlement des clients par des salariés. Aucun de ces changements,

même s'ils permettent aux employeurs de réduire certains coûts, ne sont susceptibles d'altérer de façon significative le cadre général de la régulation des rapports de travail au RU. En revanche, une telle altération pourrait résulter des changements concernant le droit du licenciement.

Deux modifications cruciales du droit du licenciement injustifié ont été annoncées. La première consiste à porter à deux ans la période d'emploi requise pour pouvoir agir sur le fondement d'un licenciement injustifié. Actuellement, un salarié dont le licenciement est injustifié a le droit de demander des dommages et intérêts importants dès lors qu'il a été employé de façon continue pendant un an. L'extension de la période d'emploi requise à deux ans aura pour conséquence de priver près de 2,5 millions de salariés de la protection contre le licenciement injustifié. Le deuxième changement annoncé concerne l'accès aux juridictions du travail pour contester un licenciement injustifié. Jusqu'ici, il était possible pour un salarié licencié d'agir sans frais. Si le tribunal considérait que l'action était abusive ou vexatoire, le salarié pouvait avoir à verser une certaine somme d'argent afin de poursuivre l'action. Le gouvernement propose de mettre à la charge de tout salarié qui initie une action en justice le paiement d'une somme de £ 350, à laquelle s'ajouterait une somme supplémentaire si aucun compromis ne peut être trouvé avant le jugement. Il est indiqué que ces frais seront remboursés si le salarié obtient gain de cause. Ces mesures auront inévitablement pour effet de dissuader les salariés de mener des actions en justice. Un salarié récemment licencié, ayant très probablement des difficultés à trouver un autre emploi, ne souhaitera probablement pas risquer de perdre £ 350 pour une action en justice, même dans le cas où il disposerait de la somme nécessaire.

Pour prendre l'entière mesure des changements envisagés dans le droit du licenciement injustifié en ce qui concerne la flexibilité, il faut expliquer l'arrière-plan juridique de la réforme envisagée et le rôle de pivot que joue le droit du licenciement injustifié dans le contrôle du pouvoir de l'employeur. Comme dans la plupart des systèmes juridiques européens, le contrat de travail constitue le premier obstacle au désir de flexibilité de l'employeur. Ce contrat détermine la durée du travail, les tâches que doit accomplir le salarié et la rémunération. Il se peut aussi qu'il aborde d'autres questions périphériques qui peuvent concerner des éléments accessoires à la rémunération, les procédures disciplinaires ou les pensions de retraite complémentaire d'entreprise. Un employeur qui souhaite modifier l'un quelconque de ces éléments, pour procéder à une réduction unilatérale du salaire, par exemple supprimer une prime ou modifier les heures de travail, risque de se trouver en situation de violer le contrat de travail, à moins

que le salarié accepte ces modifications. Cependant, les employeurs britanniques bénéficient de trois techniques juridiques pour obtenir des modifications unilatérales justifiées par l'intérêt de l'entreprise. Ces trois techniques, qui seront décrites dans les trois sections suivantes, permettent de réaliser la flexibilité souhaitée par l'employeur sans que l'accord des salariés soit nécessaire

ou qu'une obligation de payer des dommages et intérêts aux salariés puisse être imposée. La dernière de ces techniques concerne le droit du licenciement injustifié, sur lequel les changements proposés qui ont été décrits plus haut auront une incidence très importante en concédant aux employeurs une flexibilité encore accrue.

II. Les clauses de flexibilité

Une technique juridique très communément utilisées par les employeurs au RU consiste à inclure une clause de flexibilité dans le contrat de travail. La portée de cette clause peut être limitée à des variations mineures, mais, très souvent, de telles clauses s'étendent à beaucoup d'éléments très centraux du contrat de travail tels que le salaire, les heures de travail, la description de l'emploi et le lieu de travail. Une étude a identifié une clause très fréquente dans les contrats de travail (7) :

« Pendant la durée de l'emploi dans l'entreprise, il vous sera demandé de contribuer à la mise en place d'une nouvelle organisation du travail, si nécessaire, laquelle pourrait inclure la participation à une formation pour améliorer à la fois les compétences individuelles et la rentabilité de l'entreprise. Cela impose d'être flexible eu égard aux tâches qui vous sont confiées et mobile à l'intérieur de l'établissement dans lequel vous êtes employé. »

Plus brutale, la formule suivante a également pu être employée : « L'entreprise pourrait opérer des modifications raisonnables concernant les conditions de l'emploi. De tels changements seront confirmés par écrit ».

De telles clauses de flexibilité, très générales, paraissent conférer à l'employeur un pouvoir discrétionnaire de réécrire le contrat unilatéralement. Presque tous les vestiges de protection que le contrat confère aux salariés contre les changements défavorables des termes du contrat se trouvent ainsi anéantis. Dès lors que l'employeur indique aux salariés les variations possibles des termes de l'emploi, une clause de flexibilité assez large permettrait de modifier le contrat en évitant toute violation du contrat à la charge de l'employeur. La mise en œuvre de ces clauses ne va toutefois pas sans quelques contraintes, même si elles sont assez réduites.

Dans l'interprétation d'un contrat de travail, les juges ont tendance à considérer qu'une clause de flexibilité très large doit indiquer clairement les pouvoirs qu'elle confère à

l'employeur. Le défaut de transparence entraîne une interprétation restrictive de la clause. Tout en posant cette solution relative à la transparence dans la décision *Wandsworth London Borough Council v. D'Silva* (8), Lord Woolf a également invoqué le principe général d'interprétation des clauses contractuelles selon lequel plus le résultat de l'interprétation proposée est improbable, plus il y a de chance que les parties ne l'aient pas envisagée. Lord Woolf a également souligné que les juges « n'ont guère tendance à pencher pour une interprétation qui autorise une des parties à faire varier les dispositions du contrat que cette partie est censée respecter ». En d'autres termes, si la clause de flexibilité est ambiguë en ce qui concerne l'étendue des modifications qu'elle autorise, les juges auront tendance à interpréter cette clause comme autorisant l'employeur à faire varier ses propres obligations plutôt qu'à imposer des obligations supplémentaires ou des charges plus importantes aux salariés. Cette solution a été retenue dans le contexte de la révision par un employeur des règles applicables aux procédures permettant l'obtention d'indemnités en cas de maladie et concernant la durée de la période de maladie, en cas de longue maladie, à partir de laquelle l'employeur est autorisé à procéder au licenciement. Dans cette affaire, les juges ont considéré que l'employeur pouvait opérer des modifications en raison du fait que la procédure figurait dans le livret du personnel et non dans les termes du contrat. Cependant, ils ont aussi considéré que, même si elle avait été inscrite dans le contrat, la variation aurait été possible. On ne sait pas très bien si, en autorisant la variation, Lord Woolf avait aussi en tête la principale obligation de l'employeur dans le contrat de travail, consistant dans le paiement du salaire.

Cette question s'est posée dans la décision *Bateman v. ASDA Stores Ltd* (9). L'employeur voulait faire passer tous les salariés sur la même échelle de salaires et de conditions de travail, dans le cadre d'un système connu sous le nom de "Top Rate". Près de 16 000 salariés relevant de l'ancien système furent sommés d'accepter la

(7) W. Brown, S. Deakin, M. Hudson, C. Pratten and P. Ryan, *The Individualisation of Employment Contracts in Britain* (Londres, Department of Trade and Industry, Employment Research Series No. 4, 1998) 45-46.

(8) [1998] IRLR 193 (CA).

(9) Appeal n° UKEAT/0221/09/ZT (11 fév. 2010) unreported.

nouvelle grille de salaires. Seuls 9 330 salariés acceptèrent, les autres, incluant le demandeur, s'opposèrent au changement, considérant qu'il était préjudiciable et inacceptable. Ils agirent en justice pour demander qu'il soit mis fin au préjudice causé par ce changement et pour obtenir le paiement des montants du salaire non versés en application de la nouvelle grille de salaires. Le « *livret des salariés* » ("Colleague Handbook") indiquait que l'entreprise ASDA « *se réservait le droit de revoir, réviser, amender ou remplacer le contenu de ce document, et d'introduire de nouvelles mesures en fonction de l'évolution des besoins de l'entreprise...* ». Ce document donnait aussi un certain nombre de détails sur la rémunération ainsi que d'autres aspects des conditions de travail. L'entreprise mit en avant, avec succès, le fait que la clause du "Colleague Handbook" autorisant l'employeur à modifier son contenu faisait partie du contrat de travail des salariés et permettait à l'entreprise de changer la grille de salaires. Les juges de l'Employment Appeal Tribunal ont estimé que cette clause était assez large, suffisamment claire et dépourvue d'ambiguïté pour que l'entreprise puisse procéder aux modifications souhaitées sans avoir à obtenir le consentement des salariés.

Dans de telles décisions, il n'y a absolument rien qui se rapproche de l'idée que certains éléments du contrat, le salaire, la durée du travail ou les tâches confiées au salarié, par exemple, seraient des éléments si fondamentaux, si essentiels au contrat qu'ils ne pourraient faire l'objet d'une modification unilatérale, même en présence d'une clause de flexibilité. Au mieux, les juges soulignent la nécessité que la clause soit claire et précise, mais cette exigence ne paraît pas constituer un fardeau très lourd dans l'affaire *Bateman's*. Cependant, il faut noter que les juges peuvent cantonner la portée des clauses des flexibilité, non seulement en usant des techniques d'interprétation, mais aussi en insérant des clauses implicites ("implied terms") qui posent des limites au pouvoir de l'employeur. Ainsi, l'exigence implicite de confiance mutuelle ('mutual trust and confidence') fournit un moyen de restreindre l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Dans l'affaire *United Bank Ltd v. Akhtar* (10), un jeune salarié travaillant dans la succursale d'une banque avait été soumis à une clause expresse de mobilité qui autorisait la banque à transférer le salarié dans d'autres établissements. La banque souhaitait transférer le salarié

de Leeds à Birmingham, en lui donnant seulement quelques jours de préavis, et ne répondit pas à sa demande de différer le transfert pour qu'il puisse organiser son déménagement ou de lui fournir des informations sur l'aide qui pourrait lui être apportée par la banque dans le cadre de ce déménagement. Le salarié obtint gain de cause dans une action visant à faire reconnaître que son licenciement était injustifié, en établissant que la banque avait violé le contrat de travail. Les juges ont estimé que les employeurs avaient manqué à l'obligation implicite selon laquelle ils respecteraient un délai de prévenance raisonnable en cas de transfert et une autre obligation implicite selon laquelle le pouvoir conféré à l'employeur ne serait pas exercé d'une manière telle que le salarié ne puisse pas se conformer à l'obligation de mobilité. Ces obligations implicites reposaient sur le principe sous-jacent selon lequel l'employeur a le devoir de ne pas détruire la confiance mutuelle sur laquelle repose la relation de travail.

Dans l'affaire *Bateman v. ASDA*, avant de procéder au changement de la grille de salaires pour appliquer le système 'Top Rate', l'entreprise avait procédé à une large consultation du personnel. Cette procédure de consultation ainsi que le délai de prévenance qui avait été respecté semblent avoir été considérés par les juges de l'Employment Tribunal comme des éléments suffisants pour mettre l'employeur en conformité avec son obligation de respecter la confiance mutuelle ou, dans une autre version de la clause implicite, le devoir de ne pas agir de façon arbitraire, par caprice ou de manière irrationnelle. La solution a consisté dans cette affaire à considérer que l'employeur avait, juridiquement, le droit de faire varier de façon unilatérale le système de rémunération (ainsi que les autres éléments mentionnés dans le livret) après avoir averti les salariés dans des conditions raisonnables, à la simple condition d'avoir inséré dans le livret du personnel une disposition concernant cette possible modification des termes du contrat. Dans la mesure où la clause était assez claire quant aux pouvoirs conférés à l'employeur, elle pouvait produire ses effets, c'est-à-dire justifier les changements imposés aux salariés dans les termes du contrat, à la seule condition que l'employeur respecte les exigences procédurales de consultation et sous réserve de la rationalité de l'objectif poursuivi par l'employeur.

(10) [1989] IRLR 507 (EAT).

III. Le contrat et le « Règlement d'entreprise » (Company rule-book)

Une deuxième technique destinée à donner plus de flexibilité aux employeurs consiste à utiliser un « règlement d'entreprise » (company "rule-book" ou "hand-book"). Le "rule-book" est généralement considéré par les juges anglais comme ne constituant pas un document créant des obligations juridiques, mais plutôt comme l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction, pouvoir qui lui est conféré par le contrat de travail. Dans la mesure où ce document ne relève pas du contrat de travail, il peut être modifié de façon unilatérale par l'employeur. Par conséquent, plus les éléments des rapports de travail peuvent être relégués dans ce livret, plus l'employeur dispose de flexibilité.

Le problème auquel les employeurs peuvent néanmoins se trouver confrontés tient au fait que les juges ont tendance à considérer que certains éléments clés de la relation de travail, comme le salaire, font nécessairement partie du contrat et n'entrent pas dans le domaine du « règlement d'entreprise ». La distinction entre les sujets qui relèvent du contrat de travail et ceux

qui peuvent entrer dans le champ du « règlement d'entreprise » dépend, en droit, de l'intention des parties, appréciée de manière objective par les juges. Mais ceux-ci semblent accepter l'idée que les employeurs ont généralement en vue de bénéficier de la plus grande flexibilité possible et, de ce fait, qu'il y a peu de chance qu'ils aient eu l'intention d'inclure dans le contrat de travail autre chose que les éléments strictement essentiels. Par exemple, dans l'affaire *Bateman v. ASDA* dans laquelle le contentieux concernait le niveau des salaires, en dépit du fait que la méthode de calcul figurait dans le « livret du personnel », les juges semblent avoir estimé qu'au moins une partie de ce document avait été contractualisée. Par comparaison, les juges auront tendance à considérer que la procédure disciplinaire n'a pas été considérée par les parties comme devant constituer une partie du contrat de travail, ce qui a pour conséquence que, si l'employeur décide de ne pas suivre la procédure inscrite dans le livret dans un cas particulier, cela ne constitue pas une violation du contrat (11).

IV. Le licenciement pour refus d'acceptation d'une modification des termes de l'emploi

Comme nous l'avons indiqué, un principe général de droit des contrats prévoit que les parties ont le droit d'exiger l'application de l'accord initial, tel qu'il a été établi au moment de la formation du contrat de travail, tant que, par accord, les parties n'ont pas décidé de substituer un nouveau contrat au premier ou de faire varier les éléments du contrat initial. Un employeur ne peut simplement décider de modifier les termes de l'emploi, quel que soit le délai de prévenance octroyé. Confronté à l'annonce d'un changement unilatéral tel qu'une réduction de salaire ou un accroissement des heures de travail, un salarié a le droit de considérer ce changement comme une violation d'un élément essentiel du contrat. Il a alors le choix soit de démissionner en demandant une indemnisation (12), soit de refuser la modification proposée, de la contester et d'exiger l'exécution du contrat aux conditions initiales.

Si le salarié continue à travailler dans les conditions normales, il y a un risque que sa conduite soit considérée par les juges comme une acceptation de fait des modifications souhaitées par l'employeur. Pour éviter ce risque, le salarié doit clairement montrer qu'il ne continue à travailler normalement qu'en protestant contre le

changement et en espérant que l'employeur honorera l'accord initial. Pour clarifier la situation juridique, le salarié peut chercher à obtenir une déclaration selon laquelle l'accord original s'impose toujours (13) et il peut aussi agir en justice pour demander le paiement de toute partie du salaire qui n'aurait pas été versée ou de tout autre élément de la rémunération supprimé par la décision unilatérale de l'employeur.

La Chambre des Lords a confirmé ces principes dans la décision *Rigby v. Ferodo Ltd* (14). Le demandeur était un ouvrier tourneur employé dans l'entreprise depuis vingt ans, ce qui lui donnait droit à douze semaines de préavis en cas de licenciement. En raison de difficultés économiques sérieuses, la direction avait décidé qu'il n'y avait pas d'autre possibilité pour continuer l'activité que de réduire les salaires de 5%. La direction avait cherché à négocier cette réduction avec les syndicats, mais le syndicat auquel le demandeur était affilié avait seulement accepté de s'abstenir de toute action de grève. L'employeur avait finalement décidé d'imposer la réduction de salaire à son personnel. Le demandeur continua à travailler mais indiqua, par sa conduite, qu'il n'acceptait pas la réduction de salaire. Plus d'un an après,

(11) *Johnson v. Unisys Ltd* [2001] UKHL 13, [2001] ICR 480.

(12) Ce qui correspond à l'idée de « prise d'acte », en anglais : « constructive unfair dismissal ».

(13) E.g. *Burdett Coutts v. Hertfordshire County Council* [1984] IRLR 92 (HC).

(14) [1988] ICR 29 (HL).

le demandeur obtint en justice le versement de la partie du salaire retenue par l'employeur, sur le fondement d'une violation du contrat. La réduction du salaire par l'employeur a été considérée comme une violation d'un élément essentiel du contrat. Le refus du salarié d'accepter la modification n'avait pas mis un terme au contrat, le salarié n'ayant pas accepté une telle cessation du contrat. L'employeur n'avait pas non plus notifié la rupture du contrat. Le salarié n'avait pas non plus accepté une modification de son contrat, au contraire, il avait clairement contesté la modification. Le contrat avait donc été maintenu dans sa version initiale, tandis que l'employeur avait retenu une partie du salaire. Le différentiel pouvait donc être exigé. Les mêmes principes, tirés de la théorie générale du contrat, devraient s'appliquer à toute autre modification unilatérale par l'employeur, telle que la modification des heures de travail ou du lieu de travail. Il est beaucoup plus difficile, cependant, pour un salarié, d'échapper au piège d'avoir l'air d'accepter le changement lorsque celui-ci consiste dans une modification des tâches, dans la mesure où le seul fait d'effectuer les nouvelles tâches, même en protestant, apparaît comme une acceptation du changement (15).

Un refus persistant, par le salarié, d'accepter une réduction de salaire, un accroissement du temps de travail ou toute autre modification du contrat de travail peut conduire, à terme, à la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur. L'employeur peut décider de licencier le salarié en raison de son refus d'accepter le nouveau contrat. Une autre solution peut consister, pour le salarié, à démissionner, plutôt que d'avoir à supporter le changement décidé par l'employeur. Dans les deux cas, le salarié peut agir pour obtenir des dommages et intérêts pour licenciement injustifié. Cependant, il a peu de chance d'obtenir gain de cause, ce qui peut surprendre dans la mesure où l'employeur est effectivement l'auteur d'une violation grave du contrat. Dans ce type d'affaire, les juges considèrent en effet que la justification du licenciement réside dans le refus du salarié de se conformer à la demande de l'employeur d'adhérer à un nouveau contrat, et sa démission risque d'être considérée comme une « vraie » démission, dès lors que l'intérêt de l'entreprise justifie suffisamment que l'employeur décide de la modification. Comme par magie, la violation du contrat par l'employeur devient une cause susceptible de justifier un licenciement.

Dans les actions pour licenciement injustifié qui surviennent dans de telles circonstances, deux questions

centrales doivent être examinées par les juges. La première porte sur le point de savoir si l'employeur a établi une « *raison substantielle d'une nature telle qu'elle puisse justifier le licenciement d'un salarié occupant le poste de travail que le salarié occupe* » (16). Dans la mesure où l'employeur ne peut pas faire appel aux motifs habituels de licenciement qui tiennent à la conduite personnelle du salarié, tels que le manque de compétence ou la faute disciplinaire, l'employeur doit montrer que la modification présente un réel intérêt pour l'entreprise et faire le lien entre cet intérêt et le refus du salarié d'accepter la modification demandée. Une telle combinaison a été considérée comme un motif pouvant justifier le licenciement dans l'affaire *Hollister v. National Farmers' Union* (17). Le demandeur avait été licencié après avoir refusé un nouveau contrat de travail, selon lequel la rémunération était accrue, à certains égards, mais qui offrait de moindres avantages en matière de pension de retraite. Lord Denning MR indiqua que, dès lors que l'employeur disposait de motifs solides tenant à l'intérêt de l'entreprise pour opérer la réorganisation et les modifications, le refus du salarié d'accepter ces changements pouvait être considéré comme une raison suffisante pour justifier le licenciement. Le juge n'a pas retenu l'argument selon lequel il faudrait aussi faire la preuve que la mesure est « nécessaire » à l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire qu'elle constitue une condition sans laquelle l'entreprise ne pourrait plus continuer son activité ou se développer.

La deuxième difficulté qui doit être résolue dans le cadre d'une action fondée sur le caractère injustifié du licenciement est celle de savoir s'il était raisonnable pour l'employeur de licencier le salarié pour cette raison particulière, compte tenu de l'ensemble des circonstances (18). La question n'est plus de savoir s'il était raisonnable pour le salarié de refuser le changement des termes du contrat, mais s'il était raisonnable pour l'employeur de vouloir imposer cette modification au point que cela implique le licenciement du salarié. Il pourrait très bien être raisonnable pour le salarié de s'opposer très fermement au changement désavantageux, mais la question est de savoir si, juridiquement, l'employeur a agi raisonnablement en décidant d'imposer le changement. Par exemple, dans l'affaire *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce* (19), à la suite de la vente de l'entreprise et du transfert de l'activité dans les locaux de l'acheteur, un salarié s'était vu proposer un nouveau contrat de travail sur le modèle de celui applicable aux anciens salariés de l'acheteur. Le salarié rejeta l'offre au motif qu'elle entraînait une légère baisse du montant de

(15) R. White, 'Working under Protest and Variation of Employment Terms' (2008) 37 *Industrial Law Journal* 365.

(16) *Employment Rights Act 1996*, section 98 (1).

(17) [1979] *ICR* 542 (CA).

(18) ERA 1996, section 98(4).

(19) [1985] *IRLR* 179 (EAT).

son salaire, une augmentation du temps de travail, une diminution des jours de congés annuels et la perte du bénéfice du système de pension d'entreprise ainsi que d'autres éléments accessoires à la rémunération. L'Employment Appeal Tribunal mit l'accent sur le fait que le caractère défavorable du nouveau contrat ne suffisait pas, à lui seul, à établir que le licenciement était injustifié. Lorsque l'employeur a de bonnes raisons de procéder à la modification, comme dans cette affaire dans laquelle il s'agissait d'harmoniser les conditions d'emploi de tous les salariés, il est raisonnable qu'il cherche à imposer ce changement et, le cas échéant, qu'il licencie les salariés qui s'y opposent. Les juges ont indiqué que l'exigence d'un comportement "raisonnable" devait être appréciée en cherchant un équilibre entre les motifs justifiant la décision de l'employeur et l'importance du désavantage causé au salarié (20). Cependant, cette quête d'équilibre paraît affectée d'un biais assez sensible en faveur de l'employeur, dans la mesure où il est improbable que

l'employeur veuille imposer une modification, au point de prendre la décision de licencier le salarié, si cela ne présente pas un intérêt assez important pour l'entreprise et cet objectif est presque toujours considéré comme plus important que la préoccupation du salarié quant à la détérioration de sa situation. Cette tendance à pencher dans le sens de l'employeur apparaît de façon assez claire dans l'observation de J. Balcombe selon laquelle : « *Il peut être tout à fait raisonnable pour un salarié de refuser de faire des heures supplémentaires, compte tenu de ses obligations familiales. Cependant, du point de vue de l'employeur, et compte tenu des engagements de l'entreprise, il est aussi parfaitement raisonnable d'imposer des heures supplémentaires au salarié* » (21). On voit ainsi que, dans cette recherche de l'équilibre, s'agissant du recours aux heures supplémentaires, l'intérêt du salarié à préserver un équilibre acceptable entre sa vie personnelle et sa vie professionnelle n'a qu'un poids très faible.

V. Conclusion

En principe, le droit anglais autorise le salarié à refuser la modification unilatérale des termes du contrat de travail. En pratique, cependant, l'employeur peut imposer cette modification en utilisant diverses techniques dont les clauses de flexibilité, le recours aux « *règlement d'entreprise* » plutôt qu'au contrat pour définir les termes de la relation de travail ou la menace de licencier le salarié qui n'accepterait pas la modification. Si le salarié démissionne ou est licencié en raison du refus du nouveau contrat, même si son refus n'est pas déraisonnable, l'employeur peut opposer à la demande d'indemnisation pour licenciement injustifié le fait que la modification était dictée par l'intérêt de l'entreprise. Les termes du contrat de travail ne protègent donc que très faiblement les salariés face aux demandes de flexibilité des entreprises. Dans une affaire concernant un salarié dont la démission avait été causée par la décision de l'employeur de réduire le salaire, d'augmenter le temps de travail et d'ajouter de nouvelles tâches à ses fonctions, la politique jurisprudentielle des juges a été résumée de façon assez candide par L.J. Watkins :

« *Le refus obstiné de la salariée d'accepter les conditions que l'on a cherché à lui imposer d'une manière adéquate et rationnelle était déraisonnable. Les employeurs ne doivent pas, à mon sens, être placés dans une situation dans laquelle, en raison du refus*

fautif, par les salariés, du changement qui leur est demandé, ils ne peuvent pas introduire les améliorations dans les modes de fonctionnement de l'entreprise qui leur permettent d'assurer le succès de celle-ci » (22).

En somme, la conception qui domine, chez les juges, consiste à considérer qu'il est déraisonnable pour les salariés d'exiger, en application du droit, le maintien des termes du contrat si l'employeur a des raisons solides tenant à l'intérêt de l'entreprise de procéder à des modifications. Cela s'apparente à la possibilité d'insérer une disposition dans chaque contrat de travail selon laquelle l'employeur peut modifier les clauses expresses du contrat dans l'intérêt de l'entreprise.

Bien que le droit du licenciement injustifié n'offre donc que peu de protection aux salariés face à la demande de flexibilité de l'entreprise et aux variations que celle-ci peut vouloir introduire dans les conditions d'emploi, il fournit quand même quelques remparts contre le pouvoir discrétionnaire de l'employeur. L'employeur doit avoir de « *solides raisons tenant à l'intérêt de l'entreprise* » pour imposer un changement, à défaut desquelles il risque de voir sa responsabilité engagée pour licenciement injustifié. Dans ce contexte, cependant, il est important de rappeler la proposition de modification du droit du licenciement injustifié. Beaucoup de salariés perdront toute protection faute de pouvoir satisfaire à la condition

(20) *St John of God (Care Services) Ltd v. Brooks* [1992] ICR 715 (EAT) ; *Chubb Fire Security Ltd v. Harper* [1983] IRLR 311 (EAT) ; *Catamaran Cruisers Ltd v. Williams* [1994] IRLR 384 (EAT).

(21) *Chubb Fire Security Ltd v. Harper* [1983] IRLR 311 (EAT) at p. 313.

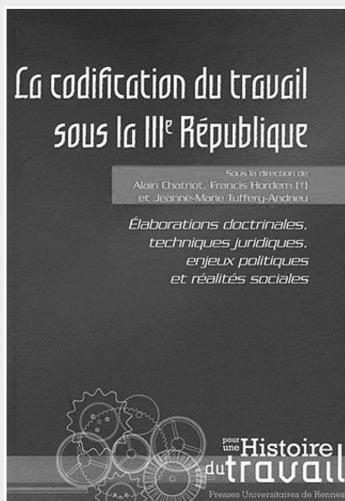
(22) *Woods v. WM Car Services (Peterborough) Ltd* [1982] ICR 693 (CA).

d'une période d'emploi continue de deux ans. Et quant aux salariés qui rempliraient la condition pour mener une action en justice, ils seront dissuadés de le faire en raison du coût important que représentera l'initiative d'une telle action.

Ainsi, les choix qui se présentent aux salariés britanniques face à une décision unilatérale de l'employeur de faire varier les éléments du contrat sont très peu attrayants. Soit le salarié accepte la modification défavorable des termes du contrat, soit il décide de démissionner et demande une indemnisation dans le cadre de cette « *prise d'acte* » ("constructive unfair dismissal"). Dans le second cas, cependant, le salarié devra disposer des ressources suffisantes pour initier l'action, alors même qu'il est sans emploi. A moins qu'il apparaisse que l'employeur a agi de façon irrationnelle, les chances de succès sont assez minces dans la plupart des cas, car il est probable que l'employeur pourra démontrer qu'il a agi dans l'intérêt de l'entreprise. Et il sera évidemment très difficile de contester l'importance des raisons invoquées sans avoir accès à tous les documents confidentiels concernant la situation

financière de l'entreprise. Or les juges sont peu enclins à demander que ces éléments soient produits, à moins qu'il n'y ait une raison particulière de mettre en doute la véracité de l'argument avancé par l'employeur selon lequel la décision était motivée par l'intérêt de l'entreprise. Le droit, au Royaume-Uni, admet très largement que l'employeur dispose d'un important pouvoir de direction qui lui permet d'exiger de la flexibilité de la part de ses salariés. Ce pouvoir de direction s'étend aux éléments essentiels du contrat de travail tels que le salaire, le temps de travail et les tâches confiées au salarié. Les réformes envisagées concernant le droit du licenciement injustifié contribueront encore à affaiblir la situation des salariés. On peut donc tout à fait s'accorder avec le gouvernement pour considérer que le marché du travail du RU est relativement peu réglementé. Il reste cependant une question cruciale : la flexibilité dont les employeurs disposent est-elle effectivement parée des vertus qui lui sont prêtées de favoriser la croissance économique, de réduire le chômage et d'améliorer la productivité, notamment ?

Hugh Collins



La codification du travail sous la III^e République

Élaborations doctrinales, techniques juridiques, enjeux politiques et réalités sociales
Alain Chatriot, Francis Hordern (†)
et Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu (dir.)

La promulgation du livre Ier du Code du travail par la loi du 28 décembre 1910 portant codification des lois ouvrières est un moment symbolique dans le long et lent processus d'élaboration et de codification des lois ouvrières sous la III^e République, puis tout au long du XX^e siècle.

Juristes, historiens, sociologues ou politistes n'ont pas à commémorer l'événement mais bien à essayer d'en expliquer l'origine, le déroulement et les conséquences.

C'est à cette mise en perspective que nous avons souhaité travailler collectivement en associant les différentes approches des sciences juridiques et sociales. Ce volume collectif présente les acquis récents de la recherche et des perspectives possibles d'études concernant non seulement l'histoire du droit du travail mais plus largement l'histoire économique, l'histoire sociale, l'histoire politique et l'histoire des idées. Cette approche veut concourir à la compréhension de certaines des mutations plus contemporaines du droit du travail et de sa codification.

Si l'approche scientifique de ce volume n'est pas prioritairement internationale, les débats de codification français ne peuvent s'abstraire de ceux menés dans les autres pays européens à la même période et particulièrement en Allemagne.

Ce travail collectif souhaite participer à une meilleure connaissance de l'histoire du droit du travail, de l'histoire de la III^e République et plus largement des processus de codifications juridiques. Il désire aussi, dans une autre perspective, contribuer aux débats anglophones sur les liens entre droit et économie.

Presses universitaires de Rennes - 156 pages - ISBN : 978-2-7535-1715-8 - 15 € www.pur-editions.fr