

Les résistances du droit du travail français face à la crise

par *Emmanuel DOCKÈS*, Professeur à l'Université de Paris-Ouest
Nanterre-La Défense et *Alexandre FABRE*,
Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, ISST

PLAN

- I. Absence de grandes réformes
- II. Réactions à la crise de l'emploi
- III. Réactions à l'évolution des relations de travail

« C'est la crise ! » s'écrie-t-on partout. « Encore la crise... » faudrait-il ajouter dans un long soupir. Depuis le premier choc pétrolier de 1973, voici bientôt trente ans que l'expression est utilisée sans discontinuer. La crise actuelle, commencée en 2008 et puissamment aggravée dans certains pays en 2011, va pourtant bien au-delà d'une simple continuation du marasme économique. Sa nature nouvelle et sa violence inégalée depuis les années 1930 lui font une place à part. Mais cette crise dans la crise est-elle toujours aussi originale si on l'observe du point de vue du droit du travail ?

Souvenons-nous. Dans les années 1970-1980, le coupable fut vite trouvé. Les difficultés causées par les deux chocs pétroliers et l'apparition d'un chômage de masse ne faisaient, pour certains, que révéler l'inadaptation du droit du travail : les protections créées au profit des salariés se seraient, à la longue, retournées contre eux en détruisant la compétitivité des entreprises et en rigidifiant le marché du travail. Selon les pays, l'effectivité de ce discours fut variable. Dans certains pays anglo-saxons, ce fut le temps d'une quasi-éradication du droit du travail (1). En France, l'impact fut différent. Les réformes s'organisèrent d'abord plutôt dans le sens d'une protection accrue, visant à répondre à l'augmentation du chômage (loi de 1975 sur l'autorisation administrative de licenciement, lois de 1979 et de 1982 réglementant le contrat de travail à durée déterminée, loi de 1981 sur l'inaptitude d'origine professionnelle, invention des premiers contrats de travail aidés...). Le discours d'imputation de la crise au droit du travail finit toutefois par produire, en France aussi, certains effets, surtout à partir du milieu des années 1980. Ce fut l'invention de la flexibilité (2), l'essor des accords dérogatoires, particulièrement en matière de temps de travail, l'ouverture des cas de recours au contrat à durée déterminée et au travail temporaire, la réduction des protections relatives au licenciement économique, etc.

L'histoire se répète-t-elle aujourd'hui ? Assiste-t-on, à la faveur de la crise actuelle, à un nouveau procès du droit du travail ? Et ce procès, s'il a lieu, aboutit-il à une nouvelle remise en cause des protections des salariés sur l'autel de la flexibilité ? La réponse est, une fois de plus, très variable selon les pays (3). En France, on entend toujours quelques récriminations contre ce droit jugé trop étatique, trop rigide, trop complexe (4), mais elles ne sont finalement pas

(1) V. not. à partir de 1979 au Royaume-Uni sous Margaret Thatcher et à partir de 1981 aux États-Unis sous Ronald Reagan.

(2) V. not. G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité », *Dr. soc.* 1985, p. 801 et s. ; A. Jeammaud et A. Lyon-Caen (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise : en Europe occidentale et en Amérique*, Actes Sud, 1986 ; *Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ?*, J. Péliissier (dir.), éd. lég. et adm., 1986, avec not. J. Bunel et M. Duputet, A. Jeammaud, J.-M. Béraud, J. Péliissier ; J.-C. Javillier, « Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales », *Dr. soc.* 1986, p. 56 et s.

(3) V. dans ce numéro, la situation en Espagne (p. 116), en Italie (p. 104), au Royaume-Uni (p. 124)... Pour un état des lieux très complet, v. égal. l'étude *Protection, Involvement and Adaptation, European Labour Law in times of crisis, restructuring and transition, European Network of Legal Experts in the field of Labour Law (ELLN)*, Thematic Report, 2010.

(4) Cf. not. G. Cette et J. Barthélémy, *Refondation du droit social - Concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, rapport du CAE, La doc.fr., janv. 2010.

plus nombreuses que par le passé (5), comme si, avec le temps, les mérites du droit du travail étaient mieux reconnus (6). Malgré la dégradation de la situation de l'emploi (7), l'accroissement des déficits des comptes sociaux et la baisse constante du niveau de protection sociale (8), le droit du travail français résiste jusqu'ici relativement bien à la crise. Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce que le contexte économique favorise – et même commande – une diminution des garanties attribuées aux salariés, comme cela s'est produit dans plusieurs pays voisins, la France n'a pas connu, pour l'instant, de grandes réformes de structure, destinées à libéraliser plus encore le marché du travail (I). Les réformes opérées depuis n'en sont pas moins importantes par les directions, parfois inattendues, qu'elles empruntent. La remarque vaut pour les évolutions qui ont touché le droit de l'emploi (II) comme pour celles relatives à l'encadrement des rapports de travail (III).

I. Absence de grandes réformes

Dans plusieurs pays européens, la crise économique actuelle s'est accompagnée d'une libéralisation du droit de l'emploi. L'Espagne en est assurément le meilleur exemple (9), talonnée de près par le Portugal (10) et l'Italie (11). En France, rien de comparable ne s'est produit depuis la crise de 2008. Pas de réforme en profondeur, ni même d'ajustement sporadique des règles d'utilisation de la main-d'œuvre ; pas de libéralisation du travail temporaire, des contrats courts, ni de la rupture du contrat de travail. Le droit du licenciement pour motif économique, régulièrement critiqué par le passé, n'a pas non plus été modifié par le législateur, à peine amendé à propos du reclassement à l'international (12). Quant à son régime jurisprudentiel, on ne peut pas dire qu'il a été allégé par la Cour de cassation. Aucun motif économique nouveau n'a fait son apparition, l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur n'a pas été diminuée, la notion de difficultés économiques, et leur cadre d'appréciation, n'est pas

devenue plus lâche (13). La seule entorse, récente, au droit du licenciement pour motif économique tient dans la dispense de l'employeur de prévoir des mesures de reclassement interne en cas de plans de départs volontaires autonomes (14). Mais il serait pour le moins audacieux d'imputer cette décision au contexte actuel.

Si la crise n'a pas suscité d'importantes réformes, c'est peut-être parce que celles-ci étaient intervenues avant la survenance de la crise. Il faut se rappeler en effet que l'arrivée au pouvoir de M. Nicolas Sarkozy en 2007 a été suivie de plusieurs lois majeures sur la défiscalisation des heures supplémentaires (loi du 21 août 2007), l'organisation du service public de l'emploi (loi du 13 février 2008), le marché du travail (loi du 25 juin 2008), la représentativité syndicale, la négociation collective et le droit du temps de travail (loi du 20 août 2008). Un relatif essoufflement politique commençait alors à se faire sentir. Les très fortes mobilisations contre

(5) V. not. les rapports publiés à La Documentation française de O. Blanchard et J. Tirole, 2003 ; P. Cahuc et F. Kramarz, 2004, M. Camdessus, 2004...

(6) V. en dernier lieu, *Reconciling Work and Welfare in Europe*, rapport de recherches du réseau RECOWE, 2011. Certains auteurs voient même dans la crise de 2008 la démonstration des effets utiles produits par un droit du travail protecteur. V. not. F. Gaudu, « L'avenir du droit du travail », in 13 Paradoxes du droit du travail, Ph. Waquet (dir.), SSL 2011, sup. n° 1508, p. 275.

(7) En France, le taux de chômage au sens de l'OIT est passé de 7,2 % en juin 2008 à 10 % en août 2011. L'impact de la crise en matière d'emploi est toutefois fortement contrasté selon les pays. Sur la même période, malgré la crise, le taux de chômage a constamment baissé en Allemagne (de 7,8 % à 6 %), cependant qu'il stagnait globalement en Italie (de 6,6 % à 6,8 %, avec deux pics à 9,1 en janvier et octobre 2010), qu'il doublait presque en Espagne (de 10,7 à 20,5) ou aux États Unis (de 5,4 à 9,1, avec un pic à 10,6 en janvier 2010), était multiplié par 6 en Islande (de 1,1 à 6,6, avec un pic de 9,3 en mars 2010) et restait très faible dans d'autres pays (de 2,7 à 3,3 en Norvège). Source : OIT (<http://laborsta.ilo.org>).

(8) Baisse du taux de remboursement de certains médicaments, augmentation du forfait hospitalier, recul de l'âge de départ à la retraite, diminution du plafond des indemnités versées en cas d'arrêt maladie, etc.

(9) V. not. E. Martín Puebla, « Espagne, radiographie d'une réforme », RDT 2011, p. 521-534 ; v. égal., C. Vincent, « Chroniques d'une rigueur espagnole imposée », Chroniques internationales de l'IRES, n° 127, p. 113 (disponible sur <http://www.ires-fr.org>).

(10) V. not. J.-M. Pernot, « Portugal. Du pareil au même : nouveau plan, nouveau gouvernement, mais toujours la même politique », Chroniques internationales de l'IRES, n° 131, p. 13 (disponible sur <http://www.ires-fr.org>).

(11) A la différence des autres pays, on notera qu'en Italie les principaux changements sont plus venus de certains accords collectifs d'entreprise, et notamment de l'accord Fiat, que d'une évolution de la législation. Sur cet accord en particulier, v. la contribution de T. Pasquier ci-après p. 112 ainsi que not. A. Perulli, « Le cas Fiat », RDT 2011, p. 658 ; G.-P. Cella, « L'accord de Fiat Pomigliano et les relations professionnelles italiennes », Chroniques internationales de l'IRES, n° 128, p. 25 (disponible sur <http://www.ires-fr.org>).

(12) Loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement (art. L. 1233-4-1 nouv. C. trav.).

(13) Quant au concept de licenciements préventifs, que les arrêts *Pages Jaunes* (Soc. 11 janvier 2006, Bull. civ. V, n° 10 ; D. 2006, p. 1013, note J. Pélissier ; Dr. Ouv. 2006 p. 369, note M.-F. Bied-Charreton) et *Dunlop* (Soc. 21 novembre 2006, Bull. civ., V, n° 349 ; RDT 2007, p. 105, obs. A. Lyon-Caen ; D. 2007, Pan., p. 687, obs. E. Peskine ; Dr. Ouv. 2007 p. 156, obs. A. Lyon-Caen) avaient semblé consacrer, il se heurte à la nécessité, fréquemment appelée depuis, de démontrer l'existence d'une menace bien réelle sur la compétitivité de l'entreprise (V. par ex. : Soc. 31 mai 2006, n° 04-47376 ; Soc. 20 juin 2007, n° 06-40853 ; Soc. 13 février 2008, n° 06-44358).

(14) Soc. 26 octobre 2010, Bull. civ. V, n° 245 ; SSL 2010, n° 1465, p. 9, rapp. P. Bailly, note E. Dockès ; Dr. soc. 2010, p. 1164, obs. F. Favennec-Héry ; RDT 2010, p. 704, obs. F. Géa ; Dr. Ouv. 2011 p.148, note I. Meyrat.

certaines mesures, notamment en 2010 contre la réforme des retraites, ont probablement achevé d'épuiser les velléités réformatrices du gouvernement (15).

De plus, la crise a puissamment contrarié les plans des pouvoirs publics. La fusion de l'ANPE et des Assedic venait d'entrer en vigueur, lorsque la nouvelle structure encore balbutiante, Pôle emploi, dût faire face à un afflux important de demandeurs d'emploi. Le projet présidentiel était d'augmenter le temps de travail ; la baisse d'activité généralisée conduisait au contraire les entreprises à envisager sa réduction. Les interlocuteurs sociaux étaient encouragés à anticiper davantage les restructurations et

leurs conséquences sur l'emploi ; voilà que des plans de licenciements pour motif économique étaient annoncés dans la précipitation et sans la moindre volonté de négocier...

Quoiqu'il en soit, l'impression qui domine, sur la période considérée, est celle d'un législateur réservé. Le contraste est saisissant comparativement à la période antérieure, faite de législation continue, pléthorique, voire frénétique. La gravité de la crise semble avoir imposé une certaine prudence. Ce qui ne signifie pas qu'aucune réforme n'ait eu lieu.

II. Réactions à la crise de l'emploi

Les réactions normatives à la crise de 2008 ont été soumises à l'influence des interlocuteurs sociaux. On retiendra surtout le revirement des pouvoirs publics sur deux questions éminemment politiques : celle de la réduction du temps de travail et celle des contrats aidés.

L'influence des interlocuteurs sociaux

Il faudra attendre plusieurs journées d'action nationale pour que le Président de la République décide de rencontrer les interlocuteurs sociaux le 18 février 2009 et annonce plusieurs mesures : le versement d'une prime exceptionnelle de 500 euros aux futurs demandeurs d'emploi ne justifiant pas d'un nombre de jours de travail suffisant pour bénéficier de l'assurance-chômage, une meilleure indemnisation des salariés en chômage partiel (au-delà de 75 % du brut) (16), et la création d'un « *fonds social d'investissement* » censé coordonner les efforts en matière d'emploi et de formation professionnelle. Dans le prolongement de cette rencontre, les interlocuteurs sociaux ont engagé une négociation nationale interprofessionnelle qui a abouti, le 8 juillet 2009, à la conclusion d'un accord sur la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi. Signé par l'ensemble des organisations syndicales, à l'exception de la CGT, et par les principaux groupements patronaux, cet accord a été à l'origine de plusieurs mesures provisoires (elles étaient applicables jusqu'au 1^{er} janvier 2011) dont le but principal était de maintenir le lien contractuel entre les entreprises et leurs salariés. C'est dans ce cadre que les interlocuteurs

sociaux ont demandé aux pouvoirs publics d'augmenter le contingent d'heures de chômage partiel indemnisées (800, et 1 000 dans certains secteurs, contre 600 auparavant) (17), ont encadré le recours au prêt de main-d'œuvre en le dotant d'une esquisse de régime juridique, et ont amélioré l'indemnisation versée aux bénéficiaires d'une convention de reclassement personnalisé en portant son taux à 80 % du salaire journalier de référence (18). Plus récemment, on signalera que les interlocuteurs sociaux ont mis en place, par un accord national interprofessionnel du 31 mai 2011, un nouveau dispositif d'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique, le contrat de sécurisation professionnelle, qui remplace, depuis le 1^{er} septembre 2011, la convention de reclassement personnalisé et le contrat de transition professionnelle (19).

La réduction du temps de travail remise à la mode ?

Si la crise n'a pas fait cesser les récriminations de la droite contre les « *35 heures* », celles-ci étant toujours vilipendées par les principaux responsables de la majorité (20), force est de constater que les pouvoirs publics ont semblé (re)découvrir les mérites de la réduction du temps de travail en période de crise. D'abord en faisant évoluer la réglementation du chômage partiel de façon à en allonger la durée et en améliorer l'indemnisation, ensuite en appelant les services déconcentrés (préfet, Direccte) à en faciliter l'usage par les entreprises (21). Il se pourrait bien,

(15) Même perdue, une grève comme celle de 2010 peut produire une crainte gouvernementale et bloquer ainsi d'autres réformes régressives. Certains gains peuvent ainsi se cacher derrière des défaites apparentes.

(16) Décret n° 2009-110 du 29 janvier 2009 relatif au taux horaire de l'allocation spécifique de chômage partiel et à l'indemnisation complémentaire de chômage partiel.

(17) Arrêté du 30 décembre 2008 fixant le contingent annuel d'heures indemnisables prévu par l'article R. 5122-6 du Code du travail.

(18) Le taux de l'allocation spécifique de reclassement a ensuite été modifié par l'avenant n° 1 du 11 septembre 2009 « à la convention du 19 février 2009 relative à la convention de reclassement personnalisé », agréé par un arrêté du 29 octobre 2009. Auparavant fixé à 80 % du salaire journalier de référence

(SJR) pendant les 8 premiers mois, puis à 70 % les 4 mois suivants, ce taux a finalement été fixé à 80 % du SJR pendant la durée de la CRP, soit 12 mois.

(19) Depuis la loi *Cherpin* du 28 juillet 2011, qui a transposé le dispositif conventionnel dans le Code du travail, le contrat de sécurisation professionnelle est codifié aux articles L. 1233-65 à 70.

(20) En dernier lieu, la déclaration du Président de la République lors de son entretien télévisé du 27 octobre 2011. V. également les déclarations de J.-F. Coppé et de M.-P. Daubresse lors de la première convention nationale de l'UMP sur le projet présidentiel 2012, le 23 novembre 2011.

(21) Instruction de la DGEFP du 25 novembre 2008 relative au chômage partiel et à la prévention des licenciements.

si l'on se fie aux annonces faites lors du sommet social du 18 janvier 2012, que le chômage partiel (rebaptisé pour l'occasion : activité partielle), fasse encore prochainement l'objet d'une réforme dans le but, cette fois, d'unifier son régime (21 bis). L'intérêt que manifestent les pouvoirs publics à l'égard de ce dispositif peut étonner. Car, qu'est ce le chômage partiel sinon un dispositif de réduction du temps de travail ? Si cette mesure n'a, a priori, rien à voir avec un accord de défense de l'emploi type Robien ou Aubry, l'objectif est cependant le même : ne s'agit-il pas de diminuer le temps de travail effectif des salariés pour éviter de procéder à des licenciements pour cause économique ? (22). Au fond, il n'y a que le mécanisme d'aide de l'Etat qui change : indemnisation des heures non travaillées pour le chômage partiel contre baisse des charges sociales des heures travaillées pour la réduction de la durée légale.

Le retour en grâce de la réduction du temps de travail est encore plus flagrant avec la mise en place annoncée des accords de compétitivité/emploi. S'inspirant du modèle allemand, et de quelques entreprises françaises (23), les pouvoirs publics semblent vouloir réactiver le trytique qui était au cœur des lois *Robien* et *Aubry* : réduction du temps de travail/engagement en matière d'emploi/flexibilité, sauf que, cette fois, la flexibilité ne serait pas seulement synonyme d'aménagement du temps de travail, mais aussi de salaires à la baisse. Qui aurait pu penser que, même sous ces formes renouvelées, la réduction du temps de travail serait un jour défendue par ses plus fidèles détracteurs ?

Le retour des contrats aidés

La crise a conduit à une toute aussi surprenante volte-face concernant les contrats aidés. Parce qu'ils n'entraient pas dans la politique de l'emploi mise en place par le

gouvernement actuel, on pensait les voir disparaître ou, en tout cas, diminuer sensiblement. C'est d'ailleurs cette baisse tendancielle que révélèrent les statistiques des années 2007 (24) et 2008 (25). La dégradation du marché de l'emploi constatée fin 2008, et la crainte de voir la situation empirer l'année suivante, conduisirent cependant les pouvoirs publics à inverser la tendance. Parmi les mesures en faveur de l'emploi que le Président de la République annonça à Erthel, le 28 octobre 2008, figuraient ainsi en bonne place le financement de 60 000 contrats aidés non-marchands avant la fin de l'année, et la prévision de 100 000 contrats aidés de plus pour l'année 2009 (26). Cette relance des contrats aidés, selon les propres mots des pouvoirs publics (27), s'est poursuivie en 2010 avec l'entrée en vigueur du contrat unique d'insertion (CUI), créé par la loi du 1^{er} décembre 2008 pour remplacer les différents dispositifs antérieurs (28). Le nombre de contrats aidés conclus en 2010 (420 000) étant jugé trop important, les pouvoirs publics ont souhaité réduire leur nombre de 80 000 en diminuant les crédits alloués dans la loi de finances pour 2011. Mais devant l'aggravation des chiffres du chômage en début d'année, le gouvernement a de nouveau fait machine arrière en annonçant, le 10 février 2011, une nouvelle enveloppe financière de 250 millions d'euros permettant de financer 60 000 contrats supplémentaires, portant ainsi le volume total des contrats aidés à un niveau quasi-identique à ce qu'il était en 2010 (29).

En fin de compte, face à la crise de l'emploi, les pouvoirs publics ont plus souvent réactivé des dispositifs anciens qu'ils n'ont réellement fait preuve d'innovation.

(21 bis) Dans le prolongement du projet d'accord national interprofessionnel signé le 13 janvier 2012 prévoyant des mesures d'urgence et de simplification en matière de chômage partiel.

(22) Une étude a cependant montré que le chômage partiel ne met pas durablement les salariés à l'abri des licenciements pour motif économique, mais ne fait souvent que les retarder : O. Calavrezo, R. Duhautois et E. Walkowiak, « Chômage partiel et licenciements économiques », *Connaissances de l'emploi*, mars 2009, n° 63.

(23) En l'absence d'un tel dispositif incitatif, les entreprises sont toutefois nombreuses à avoir négocié une baisse ponctuelle du temps de travail. V. par exemple l'accord Loxam du 10 décembre 2008 qui a diminué la durée hebdomadaire de travail de 38 à 37 heures (avec baisse correspondante de la rémunération) et modifié le régime de la modulation pour permettre une diminution de 7 heures par semaine durant 8 semaines ; ou l'accord social de crise signé chez Renault le 27 mars 2009, qui offre une combinaison intéressante des règles de chômage partiel et de réduction du temps de travail (l'amélioration de l'indemnisation du chômage partiel a été obtenue grâce à la mise en place d'un fonds pour partie alimenté par les jours de RTT des cadres et des agents de maîtrise).

(24) En 2007, 284 000 personnes ont accédé à un emploi aidé via le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE), le contrat d'avenir, le contrat initiative emploi (CIE) ou le contrat insertion - revenu minimum d'activité (CI-RMA). Elles étaient 358 000 en

2006. Les embauches initiales en CI-RMA ont augmenté de 24 % alors qu'elles ont diminué pour les autres contrats. En particulier, deux fois moins de CIE ont été signés en 2007 qu'en 2006 et les embauches en contrat d'avenir ont diminué de 26 %. Sur ce point, v. « Les contrats aidés du plan de cohésion sociale en 2007 », *Dares Analyses - Dares indicateurs*, 2008-51.4 (décembre 2008).

(25) En 2008, la baisse des entrées initiales en contrats aidés s'est confirmée puisque l'on décomptait 211 500 contrats nouveaux, contre 284 000 en 2007. Pour une analyse plus détaillée, v. « Les contrats d'aide à l'emploi en 2008 : baisse importante des entrées », *Dares Analyses*, mars 2010, n° 016.

(26) Initialement construit sur une hypothèse de conclusion de 230 000 contrats aidés, le projet de loi de finances pour 2009 a finalement été modifié pour augmenter ce nombre de 100 000 contrats supplémentaires.

(27) Circulaire interministérielle n° 2009-04 du 5 mars 2009 relative au plan de relance des contrats aidés.

(28) Le régime du CUI diffère toutefois selon que l'employeur est dans le secteur marchand ou non-marchand. Le CUI prend ainsi la forme d'un Contrat initiative emploi (CIE) pour les employeurs du secteur marchand, ou d'un Contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) pour les employeurs du secteur non-marchand.

(29) Circulaire DGEFP n° 2011-19 du 30 juin 2011 relative à la programmation des contrats aidés en 2011.

III. Réactions à l'évolution des relations de travail

Le choc subi par les relations de travail du fait de la crise est indéniable. Mais autant les marchés financiers et le marché de l'emploi peuvent connaître des retournements relativement abrupts, autant l'évolution du rapport de travail s'inscrit nécessairement dans un temps plus long. L'évolution est forte, surtout si l'on compare la situation actuelle à celle des années 1990. Mais la crise de 2008, au moins jusqu'ici, semble simplement confirmer des tendances antérieures. L'éclatement de la structure des entreprises, l'essaimage, l'individualisation de la gestion du personnel par de nouveaux moyens d'évaluation, l'accroissement des sanctions disciplinaires, la montée du stress et, plus généralement, des risques psycho-sociaux, sont des tendances déjà présentes avant la crise de 2008. Elles semblent simplement aggravées par la crise.

Face à ces difficultés croissantes, il apparaît utile de partir à la recherche de nouvelles protections. Dans le relatif silence du législateur, telle fut l'activité du juge. Les solutions trouvées apparaissent souvent timides, elles semblent de petits sparadraps apposés sur une fracture ouverte. Mais l'évolution jurisprudentielle est peu sujette aux revirements brutaux. Et ses réactions ont nécessairement un temps de retard face aux mutations des rapports de travail. Même limitée, l'œuvre de la jurisprudence française est cependant notable, surtout si on la resitue dans le contexte international qui ne prend pas toujours cette direction.

Les évolutions factuelles de la relation de travail peuvent être ordonnées autour de deux axes. Le premier est l'intensification du pouvoir subi. Le second la dispersion du rapport de travail. Tous ces changements n'ayant pas commencé en 2008, la jurisprudence nouvelle a, pour l'essentiel, prolongé des évolutions antérieures.

Face à l'intensification du pouvoir

La première et la plus visible conséquence de la crise est l'aggravation du chômage, donc de la crainte de perte d'emploi. La dépendance économique subie s'y nourrit.

Et le pouvoir de l'employeur y trouve les moyens de nouvelles politiques de gestion des ressources humaines plus individualisées, plus intrusives, plus stressantes. Dans ce contexte, le contrôle des possibles excès du pouvoir patronal devient plus important que jamais. Ceci explique sans doute en partie que la jurisprudence ait maintenu, et même renforcé, l'étendue des contrôles existant sur les différents types d'exercice du pouvoir.

L'évolution la plus marquante en ce domaine, ces dernières années, a été l'essor du principe d'égalité et le contrôle du pouvoir qui en résulte. Avant 2007, ce principe était encore cantonné à la question du salaire (30). Depuis, le principe d'égalité impose à l'employeur de justifier tout acte de pouvoir, pour peu que celui-ci conduise à une différence de traitement. Des arrêts de 2009 et de 2011 (32) ont précisé que ce principe permet même de contrôler la pertinence des différences de traitement entre salariés de catégories différentes. Cette dernière évolution, qui impose de comparer et de justifier la situation de cadres et de non-cadres, est très discutée (33). Elle peut être lue comme une réaction symbolique au puissant essor des inégalités, y compris entre salariés, en temps de crise.

Une autre évolution importante, encore en cours, est dans le contrôle naissant des méthodes d'évaluation des salariés. En la matière, les évolutions ont été brutales. Le salarié est souvent réduit à un agrégat de notes, de chiffres, de valeurs. L'évaluation ne touche plus seulement le travail ou les capacités professionnelles, mais tend de plus en plus à soupeser la personne en tant que telle dans sa globalité, voire dans son intimité. Confrontée à ces techniques nouvelles, la Cour de cassation a reconnu que la mise en place d'un système d'évaluation pouvait être « *manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail* », avant d'en déduire que cette mise en place devait faire l'objet d'une consultation préalable des représentants du personnel (34). Le contrôle de la pertinence de ces méthodes d'évaluation, expressément imposé par le Code du travail

(30) L'essor du principe d'égalité a commencé avec le principe « à travail égal salaire égal », affirmé par l'arrêt *Ponsolle* : Soc. 29 octobre 1996, Bull. civ. V n° 359 ; Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen ; Dr. Ouv. 1997 p. 149, n. P. Moussy ; *Grands arrêts*, n° 71.

(31) Soc. 16 mai 2007, n° 05-44565, D. 2007 Pan. p. 3035, obs. A. Jeammaud ; Soc. 19 juin 2007, n° 06-44047, [P], Dr. soc. 2007, p. 1045, obs. C. Radé ; SSL n° 1314, Soc. 2 juillet 2007, rapp. P. Bailly ; D. 2007. Pan. p. 3035, obs. A. Jeammaud ; Dr. Ouv. 2007, p. 556, chron. I. Meyrat ; Soc. 20 février 2008, *Sté Bensoussan*, n° 05-45601, [P], Dr. soc. 2008, p. 536, obs. C. Radé.

(32) Soc. 1^{er} juillet 2009, *Pain*, n° 07-42.675 ; JCP S 2009, 1451, note J.-F. Césaro ; Dr. soc. 2009, p. 1002, (obs. Ch. Radé ; Dr. Ouv. 2009 p. 551, n. C. Ménard. Adde, Soc. 8 juin 2011,

n° 10-14.725 et 10-11.933, rapp. Gosselin, RJS 08-09/2011, p. 599 ; JCP S 2011, 1321, note J. Daniel ; SSL, n° 1497 avec les chron. d'A. Lyon-Caen et B. Serizay ; Dr. Ouv. 2011, p. 618, note K. Hamoudi.

(33) V. not. J.-E. Ray, « A travail inégal, salaire inégal », Dr. soc. 2011, p. 42 ; E. Dockès, « Egalité, inégalité : du paradoxe à l'affrontement », in *Les paradoxes du droit du travail*, Ph. Waquet (dir.), SSL 2011, n°1508, p. 163-169.

(34) Soc. 28 novembre 2007, *Groupe Mornay* n° 06-21.964, Dr. Ouv. 2008, p. 49, rapp. J.-M. Béraud ; JCP S 2008, 1070, note J.-B. Cottin ; RDT 2008, p. 111, obs. L. Lerouge et 180, obs. P. Adam ; SSL n° 1332, p. 10, note P.-Y. Verkindt, A. Mole ; dans le même sens, v. not. Soc. 10 avril 2008, n° 06-45.741, Dr. Ouv. 2008 p. 472, n. A. Mazières .

(35), est lui aussi croissant, si l'on en croit les premières décisions des juges du fond en la matière (36).

D'autres arrêts récents démontrent l'attention de la Cour de cassation à l'intensification du pouvoir subi. Celle-ci a par exemple confirmé récemment qu'aucune sanction disciplinaire ne pouvait être ordonnée par l'employeur sans avoir été préalablement prévue au règlement intérieur de l'entreprise (37). La Cour de cassation a, dans un autre domaine, décidé qu'un accord de modulation du temps de travail – accord qui accroît substantiellement les pouvoirs de l'employeur sur l'organisation du temps de travail des salariés – ne pouvait s'appliquer sans que chaque salarié y ait préalablement et individuellement consenti (38). Cette dernière solution est actuellement remise en cause devant le Parlement, ce qui montre à quel point les quelques avancées susvisées demeurent, au moins pour certaines d'entre elles, fragiles. D'autant que la jurisprudence continue à accorder les plus grands pouvoirs aux employeurs sur la répartition du temps de travail des salariés (39).

Il demeure qu'une relative atonie du législateur et une vigilance accrue de la Cour de cassation ont permis au contrôle du pouvoir de faire mieux que résister à la crise, depuis 2008.

Les réactions juridiques face au fractionnement des entreprises et à l'éclatement des rapports de travail sont plus ambivalentes, même si, là encore, une certaine résistance du droit français se dessine.

Face à l'éclatement des rapports de travail

La fin de l'entreprise fordiste n'est pas un phénomène de ces dernières années. L'éclatement de la structure productive est le résultat d'un processus continu, constaté

au moins depuis les années 1980 (40). La décentralisation productive, la montée des groupes de sociétés, l'essaimage, le recours accru à la sous-traitance, à l'externalisation des services, ... autant de tendances qui ne sont plus à démontrer et qui ont remplacé l'entreprise unitaire par un réseau au mieux, par un nuage de fumée au pire. Cette évolution a déstructuré le rapport de travail, accru la précarité, la mobilité, l'insécurité. Elle a aussi brisé les collectifs de travail, rendant d'autant plus difficile l'action collective. Simultanément, la sous-traitance en cascade, la complexité des groupes internationaux ou le recours à des prestataires extérieurs ont éloigné le salarié des centres de décision et de profit. L'interlocuteur du salarié et de ses représentants n'est plus, souvent, qu'un employeur de papier privé de véritables pouvoirs de décision.

Ces évolutions lourdes ne sont pas nouvelles. La crise ne fait qu'en révéler l'existence de manière plus crue qu'auparavant. Le droit jurisprudentiel n'a pas encore pris toute la mesure du phénomène. A certains égards, il apparaît encore laxiste face aux manœuvres visant à dresser des écrans entre le décideur et les salariés. Il demeure que certains frémissements notables ont eu lieu ces dernières années.

En ce sens, il faut notamment citer l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011 (42). Celui-ci qualifie de coemployeurs les sociétés d'un même groupe en cas de « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction* » au sein du groupe. Les sociétés-écrans qui isolent les salariés des vrais centres de décisions sont ainsi écartées (43). L'arrêt revient aussi sur l'autonomie de la cessation d'activité comme motif économique de licenciement dans les groupes de sociétés. Dès lors qu'il apparaît que les

(35) Art. L. 1222-3 C. trav.

(36) CA Toulouse, 4^e Ch., Section I, 21 septembre 2011, Dr. Ouv. 2012 p. 1, n. E. Boussard-Verrecchia et X. Petrachi et n. A. Mazières ; SSL 2011, n° 1508, p. 10, note F. Champeaux, invalidant plusieurs critères comportementaux comme insuffisamment objectifs ou professionnels. Comp. la validation du ranking par CA Grenoble, 12 novembre 2002, n° 02/02794. Adde, sur la question, Ph. Waquet, P. Lagesse et R. Brihi, SSL n° 1100, p. 7.

(37) Soc. 26 octobre 2010, n° 09-42.740 P + B + R + I, RDT 2010, p. 719, obs. A. Fabre ; Dr. Ouv. 2011 p. 181, n. S. Mess ; SSL 1466, note F. Champeaux.

(38) Soc. 28 septembre 2010, n° 08-43.161 P + B, note Ph. Florès, SSL 2010, n° 1472 ; RDT 2010 p. 725, n. F. Canut ; F. Favennec-Héry, SSL 2010, n° 1464. La proposition de loi relative à la simplification du droit adoptée par l'Assemblée nationale le 18 octobre 2011, et actuellement en discussion devant le Sénat, entend revenir sur cette solution jurisprudentielle (art. 40 de la proposition).

(39) Cf. not. Soc. 3 novembre 2011, n° 10-14.702 P + B, SSL 2011, n° 1513, p. 10, note. A. Marcon, n° 1518, p. 11, note A. Fabre : un changement d'horaires peut être unilatéralement décidé par l'employeur sauf s'il porte atteinte au droit au respect de la vie personnelle et familiale du salarié ou à son droit au repos. Si on suit la lettre de cet arrêt, n'est contractuel que ce qui est droit fondamental... Que le pouvoir soit limité par le nécessaire respect des droits fondamentaux semble juste. Qu'il ne le soit

que par cela et non par les prévisions légitimes des parties au contrat apparaît très inquiétant... V. aussi la position timorée de la Chambre sociale relativement au forfait jours, mode de computation du temps de travail condamné par le droit international et néanmoins validé, il est vrai sous conditions, par la Cour de cassation : Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 P, SSL 2011, n° 1500, note crit. J.-F. Akandji-Kombé ; n° 1504, p. 21, note M.-F. Mazars et P. Flores ; Dr. Ouv. 2011 p. 723, n. E. Richard.

(40) Parmi une très abondante littérature sur cette question, v. not. N. Thévenot et J. Valentin, « La sous-traitance comme alternative au contrat de travail : une évaluation empirique pour la France, 1984-2000 », *Économie Appliquée*, tome LVIII, n° 3, p. 51-79 (2005).

(41) Ainsi, le DRH d'une société d'un groupe a pu recevoir mandat de licencier les salariés d'une autre société du groupe, sans que la Cour de cassation ne trouve rien à redire à cette externalisation du pouvoir ultime sur les salariés : Soc. 23 septembre 2009 n° 07-44.200, Dr. Ouv. 2010 p. 21.

(42) Soc. 18 janvier 2011, *Jungheinrich*, n° 09-69.199, SSL 2011, n° 1476, p. 9 avec le rapport P. Bailly, p 6 et s. ; F. Géa, « La cessation d'activité d'une filiale : quel contrôle des licenciements ? », RDT 2011, p. 168 et s. ; Dr. Ouv. 2011, 273, note P. Darves-Bornoz ; Dr. soc. 2011, p. 372-381, note G. Couturier.

(43) V. égal. Soc. 1^{er} février 2011, n° 10-30.048, *Société Goodyear Dunlop Tires France*, Dr. Ouv. 2011 p. 584, n. A. Ferrer.

salariés ont pour coemployeurs des sociétés d'un même groupe, la Cour de cassation autorise les juges à rechercher si la cessation d'activité de l'une d'entre elles est ou non justifiée par des difficultés économiques, celles-ci étant alors appréciées non pas au niveau de la société cessant son activité mais au niveau du secteur économique du groupe auquel cette société appartient. Dans la même veine déjà, un arrêt du 16 novembre 2010 avait affirmé que, pour juger de l'importance d'un licenciement collectif et des règles applicables à ce licenciement, il était nécessaire de sortir du cadre de la société employeur pour englober toutes les sociétés appartenant à une unité économique et sociale (44).

Parallèlement, la mise à disposition d'un salarié par un employeur auprès d'un autre employeur a connu quelques nouvelles limitations. L'absence de but lucratif, qui rend licite l'opération, a été rendue plus difficile par un arrêt du 18 mai 2011 (45). Précédemment, un arrêt du 23 septembre 2009 (46) a décidé qu'un salarié ne peut pas accepter par avance un changement d'employeur, et que la clause en ce sens par laquelle le salarié s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle.

Cette sensibilité nouvelle de la Cour de cassation aux dangers produits par l'éclatement des structures productives contraste avec l'esprit de la loi du 28 juillet 2011. Le législateur s'y est efforcé de simplifier et de faciliter les techniques permettant aux utilisateurs de main-d'œuvre d'externaliser leurs salariés au sein de structures chargées de les gérer et de les mettre à leur disposition (47). Cette évolution, relativement inquiétante, a toutefois été limitée par l'intervention des interlocuteurs sociaux (48). Elle pourrait même être rendue assez inefficace du fait d'un manque de

cohérence interne (49) et du fait de la jurisprudence (50).

Dans un autre domaine, on rappellera que la précarité croissante du rapport de travail a fait l'objet de réactions jurisprudentielles récentes et notables. Ainsi, après plusieurs hésitations, c'est seulement depuis 2008 que la Cour de cassation exige de manière générale que l'employeur démontre que tel emploi est concrètement de nature temporaire pour que le recours au contrat à durée déterminée soit valide (51).

Conclusion

En définitive, l'impression qui domine est celle d'une relative résistance du droit français, les pertes de protections constatées étant souvent compensées par la découverte de nouveaux garde-fous, de nouvelles garanties contre les méfaits de la crise. Cette réaction du droit français depuis le déclenchement de la crise de 2008 peut paraître étonnante à l'économiste convaincu de la nécessité de détruire les protections des travailleurs pour relancer l'économie. L'option choisie n'est pourtant pas dépourvue d'une certaine logique. La crise a révélé avec plus d'acuité encore que précédemment des fractures, des menaces, des souffrances. Réagir à la crise, c'est logiquement tenter d'apporter quelques remèdes à ces difficultés. Ce sont alors parfois des solutions anciennes et idéologiquement décriées qui ont été retrouvées, redécouvertes. Ce sont aussi des protections nouvelles face à des menaces nouvelles qui, parfois, ont été inventées. Ces réactions apparaissent bien sûr timides face à l'ampleur des dégâts provoqués par la crise. Elles n'en ont pas moins le mérite d'exister. Le contraste est ici frappant avec certains pays voisins, emportés dans une idéologie prônant la destruction des protections sociales au moment même où celles-ci sont plus nécessaires que jamais. La réaction française,

(44) Soc. 16 novembre 2010, n° 09-69.485, Dr. Ouv. 2009 p. 309, note P. Darves-Bornoz, SSL 2010, n° 1472, note. L. Pécaut-Rivolier.

(45) Soc. 18 mai 2011, n° 09-69175, P, RDT 2011 p. 503, note A. Fabre, arrêt qui exige pour que la mise à disposition soit valide qu'elle soit faite au prix du salaire, des charges, mais aussi de frais de gestion fort difficiles à fixer. Cette solution, qui fragilisait les mises à disposition, a été contrecarrée par la loi du 28 juillet 2011 (v. ci-dessous).

(46) Soc. 23 septembre 2009, n° 07-44.200, Dr. Ouv. 2010 p. 17, n. A. Chirez.

(47) La loi du 28 juillet 2011 a ainsi remis en cause l'arrêt précité du 18 mai 2011, en qualifiant de valide le prêt de main-d'œuvre fait au prix du salaire, des charges sociales et du remboursement des frais professionnels (L. 8241-1 *in fine*). Cette loi a surtout ouvert en grand les possibilités de créer des groupements d'employeurs chargés de mettre du personnel à la disposition de leurs membres. Ces groupements pourront désormais être créés par des entreprises de plus de 300 salariés (abrogation de l'art. L. 1253-5 C. trav.), les membres du groupement pourront ne plus être solidairement responsables du passif du groupement (L. 1253-8 al. 2, nouveau C. trav.) et

une même entreprise pourra appartenir à plusieurs groupements (abrogation de l'art. L. 1253-4 C. trav.).

(48) La proposition de loi *Poisson* du 8 avril 2009, adoptée par l'Assemblée Nationale le 9 juin 2009, a été édulcorée par la loi du 28 juillet 2011, notamment du fait de l'intervention des interlocuteurs sociaux par l'ANI du 8 juillet 2009.

(49) Les groupements d'employeurs ne peuvent réaliser du prêt de main-d'œuvre que s'ils sont sans but lucratif, ce qui exclut tout versement de frais de gestion (L. 8241-1 *in fine* nouveau). On voit mal, dans ces conditions, comment de tels groupements pourraient rester viables.

(50) V. not. l'arrêt *Jungheinrich* du 18 janvier 2011 préc., lequel pourrait être appliqué aux groupements d'employeurs.

(51) Soc. 23 janvier 2008, Bull. civ. V, n° 16, RDT 2008, p. 171, obs. G. Auzero ; D. 2008, sept., Pan. p. 2306, obs. B. Reynès, Dr. Ouv. 2008 p. 242, n. J. Guyon ; Soc. 24 septembre 2008 Bull. civ. V n° 174 ; Soc. 25 mars 2010 n° 08-45.358 ; Soc. 26 mai 2010 n° 08-43.050 RJS 8-9/10, n° 64. Ces arrêts exigent dans tous les cas des raisons objectives, composées d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi, pour que la conclusion d'un contrat à durée déterminée soit valide.

modérée, pragmatique (pour l'instant du moins), peut apparaître comme exemplaire. Sur cette base, après l'affaiblissement du modèle de flexicurité danois (52), peut-être est-il temps de croire à la possibilité d'un modèle français.

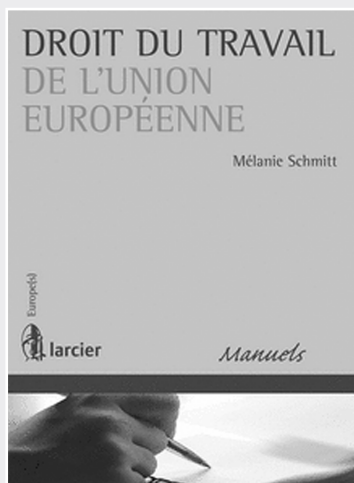
Si l'on peut se réjouir de voir perdurer la finalité protectrice du droit du travail, il faut se garder néanmoins de tout triomphalisme. La crise ne fait, selon certains, que

commencer. Les équilibres politiques qui ont permis une relative stabilisation du droit du travail demeurent fragiles. Seul l'avenir pourra nous dire si l'apparition d'un modèle français était une vision fugace, sitôt née sitôt envolée, ou bien s'il s'agissait d'un véritable seuil de résistance.

**Emmanuel Dockès
et Alexandre Fabre**

(52) Le taux de chômage est passé de 3 % en juin 2008 à 8,5 % en janvier 2011. Il a depuis légèrement décliné mais reste à des niveaux très importants pour ce pays, habitué plus que d'autres au plein emploi (7 % en août 2011). Source : OIT,

(<http://laborsta.ilo.org>). V. aussi C. Meilland, « Le marché du travail danois : un modèle en crise ? », Chronique internationale de l'IRES, n° 125, juillet 2010 (disponible sur <http://www.ires-fr.org>).



Droit du travail de l'Union européenne par Mélanie SCHMITT

Conçu initialement comme un instrument de la réalisation du marché intérieur, le droit du travail a fait l'objet d'une européanisation progressive et fragmentée, dictée par l'intégration économique et le contexte politique. Le modèle social européen se développe alors principalement par la voie de l'harmonisation des législations nationales, à laquelle sont associés les partenaires sociaux. La consécration des droits sociaux fondamentaux au sein de l'Union européenne, ainsi que la mise en place de méthodes souples et négociées tendant davantage à une convergence des législations nationales, dessinent désormais les contours d'un modèle social européen renouvelé. La nouvelle approche qui se dégage de ce mouvement reconnaît la raison d'être propre du droit du travail de l'Union européenne – le progrès social – et vise à une articulation rééquilibrée des normes sociales avec les exigences du marché intérieur.

Dans ce contexte, la place réservée à l'aspect collectif des relations de travail tend à compenser l'individualisation de la protection que garantit l'Union européenne par l'affirmation des droits sociaux fondamentaux. Le droit du travail se trouve cependant confronté au rayonnement des libertés économiques, qui menacent les systèmes sociaux des Etats membres alors que la politique sociale de l'Union européenne subit un certain ralentissement.

L'ouvrage vise à mettre en lumière cette dynamique du droit du travail de l'Union européenne, en en présentant les principaux éléments et en insistant sur l'évolution de cette matière, au cœur du modèle social européen.

SOMMAIRE :

- Introduction : La place du droit du travail dans la construction de l'Europe communautaire et de l'Union européenne
- Libre circulation des travailleurs
- Les conséquences sociales des restructurations
- La protection de la santé et de la sécurité des travailleurs
- La relation individuelle de travail
- Le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale
- Les droits fondamentaux des travailleurs, élément substantiel du modèle social européen
- Le principe d'égalité et de non discrimination entre les travailleurs
- La démocratie participative, élément institutionnel du modèle social européen
- La participation des travailleurs au sein de l'entreprise
- Conclusion générale : La mise en cohérence du droit du travail de l'Union européenne

Editions Larcier - ISBN-13 9782804448875 - 344 pages - Prix : 45 €