



HAL
open science

Droits fondamentaux et mutations des formes d'organisation de l'activité économique : le droit du travail à l'épreuve des transformations du capitalisme

Isabelle Meyrat

► To cite this version:

Isabelle Meyrat. Droits fondamentaux et mutations des formes d'organisation de l'activité économique : le droit du travail à l'épreuve des transformations du capitalisme. Droit. Université de Cergy Pontoise (UCP), 2015. tel-01956693

HAL Id: tel-01956693

<https://shs.hal.science/tel-01956693>

Submitted on 4 Jan 2019

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

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

Université de Cergy-Pontoise

Faculté de Droit

**Droits fondamentaux et mutations des formes
d'organisation de l'activité économique : le droit du travail
à l'épreuve des transformations du capitalisme**

Mémoire en vue de l'habilitation à diriger des recherches, présenté par Isabelle
Meyrat, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise
le 25 juin 2015

Membres du jury

M. Charley Hannoun, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

M. Antoine Jeammaud, Professeur émérite à l'Université Lumière Lyon II

M. Philippe Jestaz, Professeur émérite à l'Université Paris Est

Mme. Geneviève Koubi, Professeur à l'Université de Paris VIII

M. Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1

Sommaire

Introduction.....	3
--------------------------	----------

Chapitre 1: Droits fondamentaux et droit du travail.....	5
---	----------

<u>Section 1 : La référence aux droits fondamentaux dans les discours juridiques.....</u>	<u>5</u>
---	----------

§1 : La relative consubstantialité des droits fondamentaux aux normes fondatrices.....	5
--	---

§2 : Les droits fondamentaux : manifestation du processus de « constitutionnalisation » du droit.....	7
---	---

§3 : La mise en œuvre des droits fondamentaux en droit du travail : l'éclectisme des sources et des références.....	10
---	----

<u>Section 2 : Les droits fondamentaux : référent ultime face au modèle de flexibilité ?.....</u>	<u>14</u>
---	-----------

§ 1 : Changement de modèle de droit du travail et fonction d'obstacle des droits fondamentaux.....	14
--	----

§ 2 : L'essor d'une exigence d'égalité de traitement: limite à l'élargissement des facultés d'individualisation des rapports de travail.....	17
--	----

Chapitre 2 : Le droit du travail confronté aux évolutions des formes d'organisation de l'activité économique et de gestion de l'emploi.....	21
--	-----------

<u>Section 1 : La diffusion d'une normativité « éthique ».....</u>	<u>21</u>
--	-----------

§1 : Une normativité inhérente au redéploiement des formes d'organisation de l'activité économique.....	22
---	----

§2 : Un modèle concurrent de la normativité juridique ?.....	23
--	----

<u>Section 2 : L'individualisation des procédures de traitement des opérations de restructuration.....</u>	<u>28</u>
--	-----------

§1 : La réduction de l'emprise de la procédure des grands licenciements collectifs.....	29
---	----

§2 : Le plan de sauvegarde de l'emploi à l'épreuve de la « volonté » du salarié.....	31
--	----

Chapitre 3 : Perspectives de recherche.....	37
--	-----------

Introduction

I - La recherche conduite dans le cadre de notre thèse avait pour ambition d'ausculter les rapports entre « droits fondamentaux et droit du travail »¹. Des termes de cette étude, ce sont les « droits fondamentaux » qui ont soulevé les difficultés les plus redoutables. Etrangère à la tradition langagière du droit français, l'expression « droits fondamentaux » s'est progressivement diffusée dans les discours juridiques au début des années quatre-vingt-dix. Bien que la diversité des occurrences d'invocation des droits fondamentaux fasse obstacle à une compréhension univoque, l'attention portée à la référence aux droits fondamentaux dans le langage des juristes et dans le langage du droit permet de déceler certaines récurrences.

Ainsi, la qualification de droit fondamental est-elle la marque de l'importance qui s'attache à la prérogative envisagée et de la considération accrue portée à la personne par l'ordre juridique. Historiquement mobilisés par une doctrine soucieuse de limiter « la liberté contractuelle de l'employeur et le pouvoir qui en découle » (J-M. Verdier, « Travail et libertés », *Dr. soc.* 1982, p. 418), les droits fondamentaux ont eu de profondes résonances en droit du travail. Toutefois, l'érosion d'un *certain* modèle de droit du travail au profit d'un modèle adossé sur la flexibilité ne pouvait manquer de susciter des interrogations nouvelles. Si l'invocation croissante des droits fondamentaux est assurément un trait saillant des évolutions contemporaines du droit du travail, elle semble désormais servir d'ultime rempart à une bâtisse ouverte à toutes les intempéries.

II - Dans le prolongement de notre réflexion sur les rapports entre droits fondamentaux et flexibilité, l'attention s'est portée sur l'évolution des modes juridiques de gestion du rapport salarial. En effet, les transformations des structures du capitalisme au cours des trente dernières années – financiarisation de l'économie et internationalisation des activités, essor des technologies de l'information, externalisation de l'emploi – se sont accompagnées d'une contestation des catégories sur lesquelles le droit du travail a bâti sa description du monde. Ce faisant, de nouveaux modes de gestion de la main d'œuvre reposant sur une sophistication accrue des techniques de *gouvernementalité* ont vu le jour.

Inséparable des évolutions des formes d'organisation de l'activité économique, la montée en force du thème de l'« éthique » ou de la « responsabilité sociale de l'entreprise », dont atteste

¹ *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse Paris-X Nanterre, 1998.

la diffusion, dans les groupes de dimension transnationale, de documents dits chartes ou code d'éthique ou de conduite, exprime l'ambition d'une moralisation des pratiques des agents économiques face aux logiques de marchés qui se déploient désormais dans un espace affranchi des frontières étatiques. Sous le voile de l'incantatoire, se profilent des formes inédites - parfois redoutables - de normalisation des conduites des salariés. Ces instruments soulèvent d'importantes questions, s'agissant notamment de leur aptitude à signifier d'authentiques règles de droit et de leur compatibilité avec certains droits fondamentaux.

Zone de turbulences par excellence, le droit du licenciement économique est au centre des discours contestant la légitimité du droit du travail au nom d'un impératif d'efficacité économique. C'est pourquoi, les réformes engagées par les partenaires sociaux et les pouvoirs publics dans la dernière décennie « au nom de l'emploi » tendent à estomper la finalité du maintien du salarié dans son emploi que sous tendait son orientation générale. Sur fond de neutralisation du contrôle judiciaire, ces réformes traduisent un recul de la dimension collective du traitement des projets de réorganisation des entreprises au profit d'une gestion individualisée des ruptures des contrats de travail reposant sur la « volonté » du salarié de quitter son emploi, volonté qui tend à déterminer l'étendue des obligations de l'employeur, notamment en matière de reclassement.

Nos travaux se sont ainsi articulés autour de deux lignes de force : les droits fondamentaux, d'une part, les conséquences des transformations des formes d'organisation de l'activité économique sur les modes juridiques de gestion de l'emploi, d'autre part. Loin d'être étrangères l'une à l'autre, ces deux dimensions sont indissociables, nos recherches sur les droits fondamentaux et leurs fonctions dans l'architecture normative du droit du travail ayant « naturellement » ouvert la voie à une réflexion quant à l'impact des mutations des formes d'organisation de l'activité économique sur cette architecture.

Chapitre 1: Droits fondamentaux et droit du travail

Notre thèse s'est bâtie sur un paradoxe apparent. En effet, la référence de plus en plus fréquente aux « droits fondamentaux » dans les discours juridiques semble avoir dispensé d'une analyse rigoureuse du concept. Aussi, nous sommes-nous efforcé de circonscrire ou d'« identifier » la catégorie « droits fondamentaux ». Or, il est apparu que l'expression « droits fondamentaux » désigne à la fois des règles juridiques dotées d'une position hiérarchique privilégiée ainsi qu'une orientation générale du droit positif favorable à la reconnaissance et à l'extension des droits et libertés (Section 1). Alors même que les droits fondamentaux ont eu de profondes résonances dans ce segment de l'ordre juridique, leur invocation est allée de pair avec un changement de modèle de cette branche du droit (Section 2).

Section 1 : La référence aux droits fondamentaux dans les discours juridiques

A l'aube des années 1990, l'adjectif « fondamental » affleurait, principalement dans le discours des juristes, pour qualifier certains droits et libertés. Il s'est agi donc de dégager les traits communs aux droits qualifiés de fondamentaux par delà la diversité des contextes discursifs. Inclinant, non sans réserve et scepticisme, en faveur d'une conception classique de type « normativiste », les droits fondamentaux ont été identifiés, au sein du droit positif, comme des droits issus des « normes fondatrices » (§1). Ce faisant, l'émergence de la catégorie « droits fondamentaux » en droit français a été analysée comme une manifestation du processus de « constitutionnalisation » du droit dont le droit du travail offre quelques puissantes illustrations (§2). Toutefois, loin de s'épuiser dans la référence à la Constitution, la mise en oeuvre des droits fondamentaux en droit du travail s'est caractérisée par un certain éclectisme des sources et des références (§3).

§1 : La relative consubstantialité des droits fondamentaux aux normes fondatrices

Les droits fondamentaux ont pénétré tardivement la langue du droit français. Jusqu'à une période assez récente, les *libertés publiques* ont nommé les droits, quel qu'en soit l'objet, reconnus et aménagés par les pouvoirs publics. Ainsi, l'article 34 de la Constitution de 1958

fait-il mention des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs *libertés publiques* » parmi les matières relevant de la compétence législative. Les libertés publiques ont donné lieu à la construction d'une discipline. En effet, du rapprochement d'un certain nombre de règles constitutionnelles et légales attributives de droits et libertés, la doctrine a été conduite à identifier l'existence d'une branche du droit. Cependant, à la faveur sans doute de l'influence croissante de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales et de la découverte par la Cour de justice de Luxembourg de « droits fondamentaux » issus des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », les droits fondamentaux ont progressivement supplanté les « libertés publiques » dans le langage des juristes. Néanmoins, ce passage des libertés publiques aux droits fondamentaux a été assez peu ausculté. Invoqués, les droits fondamentaux l'étaient, et le demeurent dans une large mesure, comme une sorte de donnée d'évidence.

Du côté du langage du droit et de celui des juridictions, les occurrences d'invocation des droits fondamentaux étaient nettement moins fréquentes. C'est pourquoi, la formule « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle » employée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1990 a retenu toute notre attention. A la lettre, cette formule pouvait signifier que « les libertés et droits fondamentaux » sont les droits et libertés dotés d'une valeur constitutionnelle. Elle pouvait aussi signaler que « les droits et libertés fondamentaux de valeur constitutionnelle » ne constituent qu'une catégorie de droits et libertés fondamentaux, la « *fundamentalité* » ne s'épuisant pas dans la Constitution. Entre ces deux postures, l'une consistant à identifier le fondamental au constitutionnel, l'autre à tenir pour fondamentaux les droits dits « fondamentaux » quelle que soit leur position dans la hiérarchie des normes, voire leur degré de positivité, la voie médiane d'un *nominalisme tempéré* a été empruntée. Il s'est agi de prendre au sérieux la désignation ou le qualificatif de fondamental dans les discours juridiques sans renoncer à la tentation systématique ou dogmatique. Les raisons militent en faveur de cette approche ne manquaient pas.

D'abord, les droits fondamentaux sont irréductibles aux seuls droits de valeur constitutionnelle. Ainsi, dès 1974, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaissait que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit » (CJCE, 14 mai 1974, Nold 4/73, *Rec.*508). De la même manière, les droits reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sont qualifiés de libertés *fondamentales*. On peut également mentionner la Déclaration de l'Organisation internationale du travail de 1998 relative aux principes et droits *fondamentaux* au travail.

Ensuite, les droits fondamentaux peuvent désigner des prérogatives déjà reconnues par l'ordre juridique sous d'autres registres de nomination.

Les droits fondamentaux ont donc été appréhendés comme des droits issus des normes fondatrices, c'est-à-dire les normes qui sont au fondement d'un système ou d'une organisation et dont la teneur révèle une considération croissante de la personne humaine.

Prêter attention aux usages de l'adjectif « fondamental » qui évoque l'importance ou la prééminence de la prérogative considérée tout en évitant l'écueil d'un nominalisme excessif, autrement dit d'une approche purement « intuitive » des droits fondamentaux, telles ont été les précautions que l'on s'est efforcé de prendre.

Notre démarche a donc consisté à dégager des « critères d'identification » des droits fondamentaux pour tenter d'en faire une description « vraie ». Pourtant, ces critères se sont avérés impuissants à restituer certaines orientations du droit positif, en particulier de la branche « droit du travail ». Rétrospectivement, force est d'admettre que notre posture, dictée par le souci d'éviter certains écueils, et consistant à tenir pour fondamentaux les droits de la personne ayant leur source dans les normes fondatrices - constitutionnelles et internationales - relevait en partie d'un présupposé. C'est dire qu'aucune conception des droits fondamentaux n'est, en tant que telle, justiciable de vérité ou de fausseté. Ainsi, la quête d'une définition « réelle » des droits fondamentaux s'est-elle subrepticement dissipée dans la description et l'analyse de tendances du droit du travail et de certaines décisions de justice à une prise en considération accrue des droits de la personne du salarié

En définitive, et rétrospectivement, les droits fondamentaux ont été mobilisés dans notre thèse autant comme catégorie d'analyse que comme catégorie juridique.

§2 : Les droits fondamentaux : manifestation du processus de « constitutionnalisation » du droit

Si les droits fondamentaux sont irréductibles à la Constitution, le processus de « constitutionnalisation » a néanmoins partie liée avec leur émergence sur la scène du droit français. En effet, le terme « *constitutionnalisation* » a été forgé par les constitutionnalistes pour rendre compte de la répercussion et de la portée très profonde de la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits fondamentaux sur l'ordre juridique. Ce processus de « constitutionnalisation » de l'ensemble des branches du droit étatique a été rendu possible par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971) d'intégrer le Préambule de la Constitution de 1958 parmi les textes de référence

pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Outre le fait qu'elle mettait un terme à plusieurs décennies de controverses doctrinales sur la positivité des énoncés du Préambule, la combinaison de cette décision avec l'extension du droit de saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires par la loi constitutionnelle de 1974, a été à l'origine d'un profond renouvellement de la conception de l'Etat de droit. En effet, la loi n'était plus la source ultime des règles du droit interne, en particulier des libertés publiques. Elle se trouvait désormais assujettie au respect de normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés.

Quelques règles du droit du travail, inscrites dans le Préambule de la Constitution de 1946, comme la liberté syndicale, le droit de grève, le droit de participation, le droit à l'emploi, ont donc accédé au statut de normes à valeur constitutionnelle. Ces normes constitutionnelles du travail sont généralement mobilisées dans le cadre de saisines destinées à faire échec à des lois du travail visant à procurer aux entreprises une plus grande souplesse dans la gestion de la main d'œuvre. Si elles servent rarement de fondement à une déclaration d'inconstitutionnalité, elles permettent parfois de faire obstacle à une disposition de loi portant ostensiblement atteinte à un droit des travailleurs. Tel fut le cas du droit de participation visé à l'alinéa 8 du Préambule ayant servi de fondement à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition de loi qui tendait à circonscrire l'effectif et le corps électoral d'une entreprise aux seuls salariés liés à l'employeur de celle-ci par un contrat de travail (Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006). Dans une perspective sensiblement différente, une norme constitutionnelle du travail est parfois mobilisée pour renforcer la légitimité d'une règle légale. Ainsi, le droit au reclassement du salarié menacé de licenciement économique a été analysé par le Conseil constitutionnel comme découlant directement du droit de chacun d'obtenir un emploi. (Décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005). Toutefois, les normes constitutionnelles du travail ne sont pas seules à produire un effet dans le champ du droit du travail. Ainsi, des normes constitutionnelles générales, c'est-à-dire n'intéressant pas spécifiquement les relations du travail, en particulier le principe d'égalité et la liberté personnelle, sont-elles parfois mobilisées pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative, ou invoquées par le Conseil lui-même à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou bien encore pour orienter l'interprétation d'un texte.

La « constitutionnalisation » du droit du travail ne concerne pas seulement les rapports entre normes constitutionnelles et normes législatives. Elle intéresse également les actes juridiques privés dont la teneur est susceptible d'être confrontée aux énoncés constitutionnels devant les juridictions judiciaires et administratives. Si la « constitutionnalisation » du droit renvoie à

deux dimensions complémentaires, celle intéressant les rapports des normes constitutionnelles avec les normes législatives a davantage focalisé l'attention de la doctrine, en particulier des constitutionnalistes. Si l'apport du Conseil constitutionnel au réagencement des sources des règles de droit est important, l'invocation de dispositions constitutionnelles par les juridictions ordinaires n'en revêt pas moins d'importance. La référence à la Constitution par les juges, et en particulier par la Cour de cassation, a toujours une fonction de légitimation de la solution retenue dans la décision. En effet, les décisions qui comportent une référence à un énoncé constitutionnel tranchent généralement une question « sensible » ou âprement controversée. Ainsi, la consécration constitutionnelle du droit de grève a-t-elle eu de fortes incidences sur la détermination de son régime par la Cour de cassation. En effet, la disposition du préambule relative au droit de grève a été mobilisée à plusieurs reprises par la Haute juridiction pour en consolider les garanties d'exercice. De l'absence d'opposabilité d'un préavis conventionnel de grève aux salariés grévistes (Cass. soc. 7 juin 1995, n°93-46448) à la faculté pour le salarié unique d'une entreprise d'exercer « ce droit constitutionnellement reconnu » (Cass. soc. 13 novembre 1996, n° 93-4224), de l'interdiction faite au juge de substituer son appréciation sur la légitimité ou le bien-fondé des revendications à celle de l'employeur « de s'arroger le pouvoir de réquisitionner des grévistes » (Cass. soc. 15 décembre 2009, n° de pourvoi: 08-43603), « d'importantes questions ont été résolues à l'aune du rattachement explicite du droit de grève à la norme constitutionnelle » (A. Jeammaud, « Le droit constitutionnel dans les relations du travail, *AJDA* 1991, p. 610). Plus récemment, la Cour de cassation a expressément visé l'alinéa 6 du Préambule relatif à la liberté syndicale pour préciser le sens de l'article L. 2142-1² du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 et dont les termes ont fait resurgir la controverse relative à la preuve de l'existence de la section syndicale (Cass. soc. du 8 juillet 2009, n° 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032).

Par ailleurs, des dispositions constitutionnelles exprimant des « droits d'extension générale » (A. Jeammaud, préc.), c'est-à-dire non spécifiques aux travailleurs, sont parfois invoquées à l'appui ou en renfort de la justification de la solution d'un litige. C'est précisément dans ce sens, afin de rappeler que les rapports de travail sont assujettis au respect des grandes valeurs républicaines, que l'alinéa 5 du Préambule (« Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ») a été convoqué dans

² « Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres ».

quelques arrêts (Cass. soc. 8 avril 1992, n° 90-41276 ; Ch. Mixtes, 10 avril 1998, n° 97-17870).

En définitive, l'absence de liste ou de catalogue énumératif de droits fondamentaux dans le texte constitutionnel et le caractère évanescent des énoncés du Préambule n'ont pas fait obstacle à leur invocation par les juridictions judiciaires. La positivité et le caractère directement applicable des dispositions constitutionnelles ne font aujourd'hui plus le moindre doute.

§ 3 : La mise en œuvre des droits fondamentaux en droit du travail : l'éclectisme des sources et des références

Les normes constitutionnelles ne sont pas seules à contribuer au rayonnement des droits fondamentaux en droit du travail. Les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme participent à ce mouvement (J-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources internationales et européennes du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p1014). Ainsi, des conventions internationales du travail ont été invoquées dans la période récente pour écarter l'application de dispositions légales, réglementaires, voire conventionnelles, contraires à la teneur de leurs exigences³.

Cependant, d'autres voies encore, qualifiées de « médiations »⁴, ont été empruntées pour étendre ce rayonnement. En effet, le droit du travail s'est progressivement ouvert, à partir des années 70, notamment sous l'influence d'une partie de la doctrine (J-M. Verdier, « *Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques* », JCP 1971.I. 12422), à une problématique générale en termes de libertés publiques. Différents objets de législation ont donc été affectés, au fil du temps, au travers de l'imposition de règles de fond et de garanties procédurales au pouvoir de l'employeur. Le contentieux judiciaire du statut protecteur des représentants du personnel a ouvert la voie à la construction et de la diffusion d'une problématique des droits fondamentaux en droit du travail (A). Par la suite, une étape décisive

³ « L'affirmation par la juridiction judiciaire de sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité des actes administratifs réglementaires », *Dr. ouv.* 2007, p. 132.

⁴ Le choix du terme « médiation » était destiné à mettre en évidence l'essor de dispositifs législatifs et de solutions jurisprudentielles qui, sans mentionner le caractère fondamental des droits reconnus, tendaient vers la reconnaissance de nouveaux droits aux salariés, et corrélativement à l'encadrement du pouvoir patronal.

a été franchie par le Conseil d'Etat avec l'arrêt Corona du 1^{er} février 1980 concernant la teneur du règlement intérieur (B).⁵

A : Le contentieux du statut protecteur

Selon la belle formule de M. Jean-Maurice Verdier, « c'est la grande dispute des années cinquante à soixante-dix relative à la protection des représentants du personnel dans les entreprises » (« Libertés et travail. Problématique et rôle du juge », *D*, ch, 1988, p. 63) qui a été à l'origine de l'introduction d'une problématique en termes de « libertés publiques » dans les relations de travail. Les deux grandes questions controversées, et indissociablement liées, concernaient, d'une part, le caractère exclusif de la procédure spéciale de licenciement instaurée en faveur des représentants du personnel (Ch. Mixte. 21 juin 1974, n°71-91225), d'autre part, la sanction du licenciement prononcé en méconnaissance de cette procédure (Soc. 14 juin 1972, n°71-12508).

De la reconnaissance au juge des référés du pouvoir d'ordonner la réintégration du représentant du personnel illégalement licencié à l'interdiction faite à l'employeur d'engager une action en résiliation judiciaire du contrat de travail d'un représentant du personnel, la Cour de cassation a progressivement soustrait le régime des relations professionnelles à celui du contrat. Ce faisant, elle plaçait les garanties reconnues par la loi aux salariés titulaires de mandats sous les auspices des libertés publiques. Dans l'arrêt *Revet-Sol* du 14 juin 1972, l'application de la qualification de « voie de fait » au licenciement prononcé par l'employeur malgré le refus de l'inspecteur du travail d'accorder son autorisation, illustre l'amorce d'une emprise des libertés publiques sur le droit du travail. En effet, la notion de voie de fait a été forgée par le juge administratif pour disqualifier une décision de l'administration « manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration », en raison de la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale (CE, 18 nov. 1949, Carlier, Rec. p. 490). Or, la référence à cette notion par les juridictions judiciaires permettait de contourner l'obstacle « technique » résultant de l'impossibilité pour le juge des référés d'ordonner l'exécution d'une obligation, ici la poursuite du contrat de travail du salarié illégalement licencié. Plus avant, l'emprunt d'un concept au droit administratif mettait en évidence la nécessité d'encadrer le pouvoir, quel qu'en soit le

⁵ Les voies par lesquelles les pouvoirs de l'employeur ont été progressivement assujetties aux exigences de l'Etat de Droit ont été approfondis au-delà du cadre de notre thèse : « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, sous la direction de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz 2005, p. 41.

titulaire, autorité administrative ou personne privée, au moyen de règles procédurales et de normes substantielles. Par la suite, la référence à la voie de fait sera abandonnée en raison de l'extension des pouvoirs du juge des référés.

B : Le règlement intérieur confronté aux droits de la personne

Dans son arrêt Corona du 1^{er} février 1980 (CE, 1^{er} févr. 1980), le Conseil d'Etat imposait au règlement intérieur, incarnation du pouvoir normatif de l'employeur, le respect d'une double exigence de justification et de proportion des atteintes portées aux « droits de la personne.

Cet arrêt, et les conclusions du Commissaire du gouvernement, M. A. Bacquet, ont, selon nous, « révolutionné » le droit du travail. En effet, pour la première fois, il est affirmé, que l'exercice du pouvoir réglementaire de l'employeur peut être confronté aux « les droits de la personne du salarié ». Ce faisant, le Conseil d'Etat fixe la méthode à suivre pour apprécier la légalité de la restriction apportée aux droits de la personne par une disposition du règlement intérieur. En d'autres termes, le contrôle administratif doit, pour la Haute juridiction administrative, porter successivement sur la finalité de la mesure restrictive, c'est-à-dire le but ou l'objectif poursuivi par l'employeur, et sur l'adéquation de cette mesure, autrement dit son caractère raisonnable ou proportionné. Dans l'affaire Corona, le règlement intérieur comportait une disposition habilitant l'employeur à procéder à un contrôle de l'état d'imprégnation alcoolique des salariés. La justification, ou la finalité de cette mesure, résidait dans la nécessité d'assurer l'hygiène et la sécurité. Fondamentalement, la question posée n'était pas de savoir si le but poursuivi par l'employeur était légitime, mais si les sujétions imposées aux salariés pour atteindre ce but n'excédaient pas ce qui était nécessaire pour y parvenir. En d'autres termes, le but poursuivi par l'employeur à travers l'édiction d'une mesure restrictive des droits de la personne peut être légitime sans que pour autant la teneur de cette mesure le soit, précisément en considération des contraintes excessives, et partant disproportionnées, qu'elle fait peser sur la personne des salariés. La méthode fixée par le Conseil d'Etat pour apprécier la légalité d'une restriction aux droits de la personne est identique à celle du contrôle juridictionnel du pouvoir de police. Le Conseil d'Etat ne dit pas que le règlement intérieur ne peut pas restreindre les droits de la personne. Il exige *seulement* que les atteintes portées à ces droits soient justifiées par un objectif légitime et proportionnées à cet objectif. Les exigences formulées par la Haute juridiction administrative seront consacrées par la loi du 4 août 1982 dont est issu l'article L. 122-35 du Code du travail, que

l'on retrouve, approximativement, sous les traits de l'article L. 1321-3⁶ al 2 du Code issu de la récente recodification.

La loi du 31 décembre 1992 a étendu les exigences de justification et de proportionnalité des mesures restrictives des droits et libertés à l'ensemble des pouvoirs de l'employeur (actes normatifs, mesures individuelles, contrat de travail). Devenu l'article 1121-1⁷ du Code du travail, ce texte fait désormais partie des dispositions préliminaires de la première partie du Code relative aux relations *individuelles* de travail. Le rattachement de ce texte aux relations individuelles a suscité certaines critiques. En effet, parce que cette disposition mentionne expressément les libertés collectives, son rattachement à la première partie manifesterait « l'esprit des recodificateurs » de ne protéger, sous cette catégorie, que les droits de la personne et les relations individuelles. Si la critique peut à première vue paraître fondée, il ne faut pas se méprendre sur la raison d'être de la règle que renferme l'article L. 120-2 de l'ancien code du travail. L'objectif du législateur était bien de renforcer les droits du salarié « individu » et d'instituer une police des pouvoirs de l'employeur dans ce domaine. A cet égard, le Rapport établi par Gérard Lyon-Caen à la demande du Ministre du travail, *Les libertés publiques et l'emploi*, dont est très largement inspirée la loi de 1992, avait bien suggéré de soumettre toute mesure restrictive de la liberté individuelle à la double condition de justification et de proportion l'ensemble des actes (matériels ou juridiques). Or, c'est aux garanties d'exercice « des droits individuels de celui qui cherche un emploi ou exerce un emploi » dans un contexte de sophistication croissante des technologies que s'attachait principalement ce rapport.

⁶ « Le règlement intérieur ne peut contenir :

1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap ».

⁷ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Section II : Les droits fondamentaux, référent ultime face au modèle de flexibilité ?

L'essor des droits fondamentaux en droit du travail est incontestablement le signe d'une soumission accrue des rapports travail aux exigences de l'Etat de droit. Cependant, l'évolution du droit du travail vers un modèle de flexibilité, c'est-à-dire d'assouplissement des conditions juridiques d'acquisition et d'utilisation de la main d'œuvre, tend vers l'assignation d'une fonction principalement d'obstacle aux droits fondamentaux (§1). L'émergence d'une exigence d'égalité de traitement dans le champ des relations de travail est ainsi inhérente à l'élargissement du champ offert par le droit aux pratiques d'individualisation (§2).

§ 1 : Changement de modèle de droit du travail et fonction d'obstacle des droits fondamentaux

Le modèle français de droit du travail s'est caractérisé, jusqu'au début des années 1980, par l'importance du droit étatique. Cet interventionnisme juridique puise ses racines dans la tradition républicaine. En effet, si la consolidation du régime républicain dans les années 1880⁸ a rendu possible l'institutionnalisation du mouvement ouvrier, *la question sociale* n'en constitue pas moins une menace pour la cohésion nationale et, par conséquent, une préoccupation majeure pour tous les républicains. C'est dire que le droit du travail n'a pas été seulement « conquis sur les barricades ». Il est aussi le fruit d'un compromis destiné à organiser une certaine police des relations sociales. Progressivement donc, les pouvoirs publics s'érigeront en « acteur » des relations sociales, ainsi qu'en témoignent le phénomène du « tripartisme » et le mécanisme des conventions collectives susceptibles d'extension. Cette conception du rôle de l'Etat dans les relations du travail se traduira également par l'importance du droit légiféré parmi les sources des règles du droit du travail. Symptomatique de la place occupée par le droit étatique dans la réglementation des rapports de travail, la manière dont l'histoire du droit du travail est restituée dans les ouvrages académiques, c'est-à-dire principalement au travers d'une présentation des « grandes » lois du travail votées depuis le milieu du XIXe siècle et constitutives d'un ordre public de protection. Paradoxalement, cet interventionnisme s'est accommodé d'une relative faiblesse de l'encadrement juridique des pouvoirs de l'employeur. C'est sans doute le changement de majorité politique intervenu en

⁸ « Le droit du travail entre continuité et discontinuité », in G. Koubi et G. Le Floch (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, l'Harmattan 2011, p. 59.

1981 qui est l'origine des profondes transformations du modèle classique de droit du travail⁹. En effet, la reconnaissance de « droits nouveaux » aux travailleurs (droit de retrait d'une situation de travail dangereuse, droit d'expression directe et collective sur les conditions de travail), l'encadrement du pouvoir disciplinaire, le renforcement des prérogatives des institutions représentatives du personnel et l'extension du rôle de la négociation collective ont substantiellement contribué au renouvellement de l'architecture juridique des relations du travail. Plus précisément, le Rapport Auroux sur *Les droits des travailleurs* soulignait que « l'exercice des droits nouveaux est *aussi* une garantie pour notre avenir économique, dès lors que chacun est conscient, dans l'entreprise, de ses droits et de ses devoirs, c'est-à-dire de ses responsabilités ». La démocratisation des relations de travail devait ainsi permettre de faciliter « l'adhésion sociale » au « desserrement des contraintes économiques ». La croyance selon laquelle les règles du droit du travail doivent contribuer à l'amélioration des performances économiques des entreprises est donc inséparable du projet de faire des travailleurs « des citoyens à part entière » et « les acteurs du changement » dans l'entreprise

Un modèle combinant assouplissement de l'organisation du travail, extension du rôle de la négociation collective et octroi de droits nouveaux aux salariés s'esquissait avec la législation qui vit le jour au cours de l'année 1982. Emblématique de la combinaison de ces différents objectifs, l'ordonnance du 16 janvier 1982 réduisait la durée légale du travail à 39 heures et habilitait les partenaires sociaux à « déroger » par voie d'accord collectif à des règles étatiques en vue de « ménager aux entreprises les souplesses nécessaires au développement de leur compétitivité ». Une nouvelle catégorie d'accord collectif – l'accord dit dérogatoire - dont la validité n'est pas conditionnée par son caractère plus favorable voyait le jour. Les glissements opérés dans l'agencement des sources du droit du travail en faveur de la négociation collective ont été accentués par la reconnaissance du caractère supplétif des normes conventionnelles couvrant un champ d'application professionnel plus large par la loi du 4 mai 2004. Une étape supplémentaire a été franchie par la loi du 20 août 2008 érigeant l'accord d'entreprise ou d'établissement en niveau privilégié pour la détermination d'un certain nombre de règles en matière de temps de travail (heures supplémentaires, forfaits, aménagements du temps de travail).

Le droit du temps de travail a donc été au cœur du mouvement de décentralisation normative visant à adapter les règles juridiques aux contraintes de l'organisation productive. Le passage

⁹ « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouv.* 2002, p. 343.

d'un modèle légal et réglementaire se traduisant par la reconnaissance aux salariés de garanties substantielles et uniformes en matière de durée et d'organisation du temps de travail, à un modèle conventionnel destiné à permettre une diversité maximale des régimes du temps de travail, constitue l'un des traits saillants des évolutions contemporaines du droit du travail. Il n'est pas exagéré d'affirmer, qu'aujourd'hui, les règles étatiques auxquelles il est interdit de déroger dans un sens moins favorable aux salariés se réduisent aux durées maximales de travail ainsi qu'au repos quotidien et hebdomadaire. La flexibilisation des règles du temps de travail a donc fait (re)surgir une problématique en termes de droits fondamentaux¹⁰, le droit au repos et le droit à la santé ayant été érigés en barrières infranchissables par le Conseil constitutionnel (Décision n°2002-465 DC du 13 janvier 2003) et la Cour de cassation (Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71107). Mais, dans ce contexte de « desserrement des contraintes », les droits fondamentaux se voient assigner une fonction essentiellement défensive ou d'obstacle face aux dérives résultant d'une régulation du temps de travail par la négociation collective dont le centre de gravité n'a cessé de se déplacer au niveau le plus décentralisé.

Le rôle cardinal dévolu à la négociation collective par la loi dans la mise en oeuvre de la flexibilisation des conditions de gestion de la main d'œuvre ne saurait occulter la sollicitation accrue des ressources du contrat de travail destinée à élargir la sphère de la subordination. Les différentes clauses de variation du rapport d'emploi (clauses de mobilité, de résidence, d'essai, de rémunération) constituent les principales manifestations d'une mobilisation de la technique contractuelle au service de la flexibilisation. Ces clauses de variation sont régulièrement confrontées à des droits fondamentaux, tels que le droit au libre choix du domicile, le droit au respect à une vie personnelle et familiale. Là encore, la référence à des droits fondamentaux n'a pas pour fonction la reconnaissance de droits nouveaux aux salariés mais davantage de circonscrire l'espace de flexibilité offert au contrat de travail.

Ce redéploiement normatif autour de la négociation collective d'un côté, des droits fondamentaux de l'autre, s'inscrit dans le sillage des discours contestant la légitimité du droit du travail au nom d'un impératif d'efficacité économique. Plusieurs textes émanant conjointement des organisations patronales et de certaines organisations syndicales représentatives¹¹ ont exprimé le souhait d'un redéploiement des sources du droit du travail. Il s'agit de réserver à la loi la détermination des « principes généraux du droit du travail » (âge minimum d'accès au travail, durées maximales de travail, droit aux congés payés, durée du

¹⁰ « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail. Pour une approche critique », préc.

¹¹ Notamment, la *Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective*.

repos hebdomadaire) et de confier à la négociation collective le soin d'en « fixer les modalités d'application », c'est-à-dire les règles et les garanties substantielles. On peut craindre cependant que la seule affirmation de droits fondamentaux face à l'érosion de garanties substantielles d'origine étatique ne soit pas de nature à contenir les dérives d'une flexibilité insuffisamment encadrée par les pouvoirs publics.

§ 2 : L'essor d'une exigence d'égalité de traitement : limite à l'élargissement des facultés d'individualisation des rapports de travail

Dans son emblématique arrêt *Ponsolle* rendu le 29 octobre 1996 (n° 92-43680), la Cour de cassation conférait à la règle « à travail égal salaire égal », mentionnée aux articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° de l'ancien Code du travail, une efficacité directe dans les rapports de travail. Un arrêt du 18 mai 1999 (n°98-40201) qualifiait de « principe » cette règle « à travail égal salaire égal ». Si ce changement de désignation n'a pas eu pour effet de lui attribuer une position hiérarchique supérieure à celle d'une norme légale, la référence à un « principe » souligne une certaine amplitude d'application¹². De plus, comme l'a si bien montré un auteur, une règle d'égalité de traitement requiert « seulement » que des critères identiques, dotés d'objectivité et de pertinence, soient appliqués à tous (A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés, *Dr. soc.* 2004, p. 694).

Si l'émergence d'une exigence d'égalité de traitement a incontestablement contribué à soumettre le pouvoir patronal au Droit en imposant à l'employeur de justifier les différences entre les salariés, la Cour de cassation a tardé, d'une part, à promouvoir une conception cohérente des justifications admissibles de ces différences (A), et, d'autre part, à assujettir la négociation collective au principe d'égalité de traitement (B).

A: Vers une conception plus exigeante des justifications admissibles des différences

Pendant plus de dix ans, l'affirmation par la Cour de cassation de la positivité de la règle d'égalité de traitement s'est accommodée d'une compréhension pour le moins extensive des justifications admissibles des différences. Précisément, une règle d'égalité de traitement n'impose de traitement identique qu'à l'intérieur du périmètre des égaux. Toute la difficulté

¹² « La faveur et le droit du travail », in *La faveur et le droit*, G-J. Guglielmi (dir.), PUF 2009, p. 357.

consiste donc à circonscrire ce périmètre, c'est-à-dire à définir des critères objectifs et pertinents susceptibles de justifier les différences entre les salariés. Or, jusqu'à une période récente, la Cour de cassation avait tendance à considérer que toute différence ou absence d'identité justifiait un traitement distinct. Patente était donc la confusion dans la jurisprudence entre, d'un côté, le constat d'une différence, de l'autre, sa justification. En effet, la question n'est pas tant de savoir si une différence existe - deux situations ne sont jamais absolument identiques - que si elle peut, *en droit*, être source d'un traitement distinct. Encore faut-il que cette différence puisse être justifiée de manière objective et rationnelle, c'est-à-dire en considération de l'objet ou de la finalité de la règle ou de la mesure attributive de l'avantage litigieux.

Dans un arrêt du 20 février 2008 (n°05-45601), la Cour de cassation a livré une méthode conduisant à apprécier plus rigoureusement les justifications des différences de traitement¹³. Elle considère que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ». S'inspirant du raisonnement des juges administratifs concernant la mise en œuvre du principe d'égalité en matière administrative, la Chambre sociale invite les juges du fond à apprécier la valeur justificative du critère distinctif invoqué par l'employeur au regard de l'objet ou de la finalité de la mesure ou de l'avantage litigieux. Partant, la catégorie professionnelle ne saurait constituer, en tant que telle, un critère objectif et pertinent de différenciation pour l'attribution de n'importe quel avantage. La Cour de cassation ne dit pas que le critère de la catégorie professionnelle ne peut jamais être invoqué pour justifier une différence. Mais elle considère que la pertinence de ce critère doit être appréciée à l'aune de l'objet de l'avantage litigieux. Dans cette affaire, elle approuve les juges du fond d'avoir décidé que « l'employeur ayant réservé l'octroi de titres-restaurant au seul personnel non cadre de son entreprise ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité ». Une position identique a été adoptée s'agissant un accord collectif d'entreprise octroyant davantage de jours de congés aux cadres (Soc. 1er juillet 2009, n° 07-42675).

Face aux critiques doctrinales adressées à ce dernier arrêt, la Haute juridiction a été conduite à nuancer, ou du moins, à préciser les raisons susceptibles de justifier la réservation d'un avantage à une catégorie professionnelle déterminée. Dans un arrêt rendu le 8 juin 2011 (n°

¹³ « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », *RDT* 2008, p. 648.

10-14.725), elle estime que la différence de catégorie professionnelle justifie une différence dans l'octroi d'un avantage, dès lors que cette dernière a « pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ». L'invocation des « spécificités de la situation des salariés tenant *notamment* aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération » tend à renouer avec une acception extensive des justifications des différences. Dans cette affaire, l'avantage conventionnel litigieux résidait dans une prime d'ancienneté. La question se pose donc de savoir quelles pourraient être les « spécificités » de nature à justifier une différence dans l'attribution ou l'absence d'attribution d'une prime d'ancienneté, si ce n'est la durée de la présence du salarié dans l'entreprise.

Aussi, conviendra-t-il d'être attentif aux applications jurisprudentielles futures du critère de la catégorie professionnelle.

B : La négociation collective à l'épreuve de l'exigence d'égalité de traitement

Les différences engendrées par la négociation collective peuvent résulter du « système de négociation en vigueur dans une entreprise », c'est-à-dire de la possibilité pour l'employeur d'engager la négociation au niveau des établissements de celle-ci, ou bien encore de la teneur des dispositions conventionnelles elles-mêmes¹⁴.

S'agissant des différences résultant du cadre de négociation, la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt du 27 octobre 1999 (n° 98-40769 98-40783) que « la négociation collective au sein d'un établissement permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise ». Tout se passait donc, comme si l'autonomie des négociations par établissement permettait de justifier les différences entre les salariés de la même entreprise. Pourtant, si la faculté d'engager la négociation par établissement a précisément pour fonction de permettre une certaine diversification des conditions d'emploi au sein de la même entreprise, cette diversification ne saurait rimer avec arbitraire. Par la suite, la Haute juridiction a considéré qu'« un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement » (Soc. 18 janvier 2006, n° 03-45422). A bien y regarder, cette solution n'a

¹⁴ « Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe «à travail égal, salaire égal » (à propos de l'arrêt OEHC du 19 juin 2007) », *Dr. ouv.* 2007, p. 556.

marqué aucun progrès dans l'assujettissement de la négociation collective à une exigence d'égalité de traitement. En effet, la référence aux « caractéristiques » justificatives de différences de rémunération entre les salariés d'une même entreprise travaillant dans des établissements différents, renvoie à « la date d'ouverture » de l'établissement par rapport à la date de conclusion de l'accord d'entreprise. L'admission d'un « critère » aussi arbitraire que « la date d'ouverture de l'établissement » était révélatrice de cette confusion patente, évoquée plus haut, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, entre l'existence d'une différence *factuelle*, et sa justification, c'est-à-dire l'aptitude de cette différence à fonder un traitement différencié.

Un arrêt du 28 octobre 2009¹⁵ nous est apparu annonciateur d'un changement de perspective dans la manière d'appréhender les différences découlant des modalités de choix du niveau ou du cadre de négociation collective. La Cour de cassation y affirme qu'« un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ». Dans cette affaire, c'est un accord d'entreprise, et non un accord d'établissement, qui était à l'origine de la différence de rémunération entre les salariés de plusieurs établissements de l'entreprise. Néanmoins, il est difficilement concevable que la solution dégagée ne s'applique pas aux différences résultant d'accords conclus au niveau des établissements de la même entreprise.

L'autonomie collective se voit ainsi désormais assigner des limites, la Cour de cassation n'entendant plus entériner purement et simplement toute différence construite par un accord collectif. L'exigence d'égalité de traitement, et son corollaire, une justification objective et rationnelle, s'imposent à l'ensemble des règles et des mesures attributives d'un avantage, quelle qu'en soit la source, unilatérale ou conventionnelle.

Le rayonnement de l'exigence d'égalité de traitement en matière salariale est donc aujourd'hui assuré. Toutefois, parce que son essor est inhérent à l'individualisation accrue des rapports de travail, cette exigence se trouve investie, à l'instar d'autres droits fondamentaux, d'une fonction d'obstacle aux pratiques de différenciation induites par les nouvelles formes de gestion de l'emploi¹⁶.

¹⁵ Soc. 28 octobre 2009, « Le renforcement du contrôle judiciaire des justifications des différences entre les salariés d'établissements différents », *Dr. ouv.* 2010, p. 94.

¹⁶ V. infra. Chapitre 2.

Chapitre 2 : Le droit du travail confronté aux évolutions des formes d'organisation de l'activité économique et de gestion de l'emploi

De la contestation néo libérale des modèles européens de justice sociale bâtis au lendemain de la seconde guerre mondiale et du redéploiement, à l'échelle mondiale, des structures économiques, les formes juridiques d'organisation de l'activité économique et de gestion du personnel ne sont pas sorties indemnes. La diffusion d'une normativité de type « éthique », s'érigeant en modèle concurrent de la normativité juridique, nous est apparue comme une manifestation symptomatique des transformations des formes d'organisation de l'activité économique (Section 1). Le droit du licenciement économique est au cœur des discours prompts à dénoncer les coûts et les rigidités qu'engendrerait le droit du travail. Sans avoir été le théâtre d'une remise en cause radicale, il a donné lieu à des inflexions qui, chemin faisant, ont altéré sa cohérence d'ensemble et traduisent, là encore, une individualisation accrue des procédures de traitement des opérations de restructuration (Section 2).

Section 1 : La diffusion d'une normativité « éthique »

La diffusion d'une normativité de type « éthique », attestée par la prolifération de documents dits *charte d'éthique* ou *code de conduite* dans les entreprises de dimension transnationale, pourrait bien s'inscrire dans le sillage des analyses des tendances d'évolution du Droit, que certains juristes et sociologues du droit ont cru pouvoir repérer à l'aube du 21^{ème} siècle¹⁷. Décrites ou qualifiées sous des vocables divers (« régulation », « normalisation », « chartisation », « dérèglementation »), ces évolutions imputables au contexte d'incertitude et d'instabilité croissantes de l'environnement socio-économique, traduiraient à la fois un certain déclin de la puissance symbolique de la loi et la montée d'un impératif d'efficacité économique dans les discours juridiques. Expression d'une volonté de « moralisation du monde », la normativité « éthique », qui tend à s'ériger en modèle concurrent de la

¹⁷ « Le droit du travail à l'épreuve de l' « éthique des affaires » », *RDT* 2010, p. 572. Egalement « La référence à « l'éthique » dans le champ des relations de travail » : nouveau facteur d'assujettissement des salariés ? », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Dalloz 2007, p. 193.

normativité juridique (§2), prend sa source dans le mouvement de redéploiement des formes d'organisation de l'activité économique (§1).

§1 : Une normativité inhérente au redéploiement des formes d'organisation de l'activité économique

Par-delà une certaine diversité des intitulés et objets traités (A) les instruments normatifs élaborés sous les auspices de l'« éthique » remplissent une double fonction de cohérence et de légitimation (B).

A : Diversité

Les instruments relevant d'une normativité « éthique » se distribuent en deux grandes catégories thématiques. De manière générale, les documents présentés sous la dénomination de « code » ou de « charte » de « conduite » ou d'« éthique » relèvent d'une rationalité disciplinaire. En effet, ils prescrivent, interdisent (conflits d'intérêts, comportements frauduleux) ou soumettent à des conditions (utilisation des informations concernant l'entreprise) les conduites des salariés. Les documents adossés sur la thématique de la « responsabilité sociale de l'entreprise » expriment, quant à eux, l'engagement du groupe ou de l'entreprise de respecter et de faire respecter par ses « partenaires » (sous-traitants, investisseurs, clients) certaines exigences en matière sociale (interdiction du travail forcé et du travail des enfants, des discriminations) et environnementale.

Au-delà de cette diversité thématique, les documents dits « éthiques » prétendent refléter des « valeurs » (« l'honnêteté », le « respect », la « confiance ») vouées à orienter les « bonnes pratiques ». Ils contiennent également une description et une mise en exergue des évolutions de l'environnement économique et social destinées à justifier l'imposition des règles qu'ils édictent. Ils mêlent donc différents niveaux de discours, descriptif et prescriptif.

B : Fonctions

Le double mouvement d'internationalisation et d'externalisation de l'activité économique a nourri une contestation de la légitimité des catégories forgées par le droit étatique, et, plus généralement, des différentes formes d'interventions publiques. Il a, par là-même, engendré de nouvelles références normatives douées d'une plus grande « souplesse ». En effet,

affranchie des frontières étatiques, l'activité économique tend également à s'affranchir des frontières de l'entreprise, c'est-à-dire du modèle façonné par le droit du travail - le modèle de l'organisation hiérarchique - et à épouser des contours irréductibles à celui-ci. Les codes et chartes de « conduite » ou d'« éthique » ont donc pour fonction première d'assurer une « cohérence interne, une sorte de langage commun » (C. Hannoun, « néo-corporatisme et interprofessionnalité. Regards sur la restructuration des espaces professionnels », *RDIE*. 1994, p. 45) dans les rapports entre, d'une part, les différentes entités d'un groupe ou d'un réseau, d'autre part, l'ensemble des salariés et des sous-traitants du groupe ou du réseau. La normativité « éthique » tend ainsi à promouvoir des formes de régulations de l'activité économique dotées d'un degré d'universalité et de souplesse suffisant pour permettre à l'ensemble des « partenaires » du groupe ou du réseau de résoudre, où qu'ils se trouvent, les difficultés auxquels ils sont confrontés.

A cette fonction de cohérence ou de coordination de l'action des instruments placés sous le signe de l'« éthique », s'ajoute une fonction de légitimation. Ainsi que l'ont montré L. Boltanski et E. Chiapello (*Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999), le capitalisme ne saurait être orienté uniquement vers la quête de profit. Il doit également « justifier la façon dont le profit est obtenu » et mettre en avant un impératif de justice, ne serait-ce que pour résister à la critique. Plus avant, le recours massif à la sous-traitance, en particulier à des entreprises sous-traitantes fréquemment implantées dans des pays en développement peu soucieux du respect des droits des travailleurs, tend à ternir l'image des groupes transnationaux. C'est pourquoi, la diffusion d'un corpus se référant à des « valeurs », voire à des droits sociaux fondamentaux, contribue à la préservation et à la valorisation de ce précieux capital que constitue l'image.

§ 2 : Un modèle concurrent de la normativité juridique ?

La considération de leur visée principalement normalisatrice a conduit certains auteurs à dénier aux propositions formulées dans les instruments « éthiques » la signification d'authentiques règles de droit (A). Ces instruments soulèvent également d'importantes questions concernant leur compatibilité avec certains droits fondamentaux (B).

A : Règles de droit et règles de normalisation

Les instruments s'épanouissant sous les auspices de l'éthique sont souvent présentés par les directions d'entreprise comme « un simple rappel de principes élémentaires de bon sens »¹⁸, étrangers en quelque sorte aux catégories du droit étatique, notamment à la catégorie juridique de « discipline » visée à l'article L. 1321-1 du Code du travail. Dans le prolongement des travaux de M. A. Supiot (*Critique du droit du travail*, Seuil, 1994, p. 234), des auteurs considèrent que les instruments de type éthique sont dépourvus de « juridicité » en raison de leur visée principalement normalisatrice¹⁹. C'est en définitive leur contenu qui leur ôterait leur appartenance au monde des normes juridiques. Cette distinction entre « règles juridiques » et « règles de normalisation » repose, selon nous, sur une conception problématique de la normativité juridique rivée à la considération du contenu et de la formulation de l'énoncé (A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990. ch, p. 99). En effet, il n'y a donc aucune raison de contester a priori la qualité de « vrai droit » aux normes « éthiques » à l'aune de leur seul contenu, sauf à adhérer à une conception « substantialiste » de la juridicité. Plus avant, lorsqu'une disposition d'une charte éthique ou d'un code de conduite est *mobilisée* pour produire un effet dans le champ du droit (tel qu'interdire, prescrire, sanctionner), le juge doit préalablement lui conférer la qualification juridique qu'elle requiert. L'enjeu qui s'attache à la qualification des instruments de type éthique réside donc principalement dans la détermination du régime qui leur est applicable, c'est-à-dire des règles gouvernant leur élaboration, leur contenu et les types de contrôle auxquels ces règles sont assujetties. Aussi convient-il d'analyser la *teneur* des dispositions qui composent les chartes « d'éthique » et les codes de conduite en les confrontant aux catégories du droit étatique, en particulier à la catégorie juridique de discipline, pour vérifier si elles doivent ou non prendre place dans le règlement intérieur dont la validité est soumise au respect d'une procédure d'élaboration et à un certain contenu. Jusqu'à présent, la plupart des contentieux se sont noués autour de la qualification de ces instruments²⁰. La tendance des juridictions du fond est de considérer comme des adjonctions au règlement intérieur celles de leurs dispositions décrivant « une règle de comportement à laquelle doivent se conformer les salariés sous peine de mesures disciplinaires » (CA Versailles, 14 novembre 2007). Les intitulés de « charte éthique », de « code de déontologie » ou de « conduite » sont donc impuissants à ôter aux dispositions qui

¹⁸ Note sous TGI Nanterre, 15 juillet 2005, « Les codes de conduite à l'épreuve des qualifications juridiques », *Dr. ouv.* 2006, p. 593.

¹⁹ « Les chartes éthiques doivent-elles prendre place dans le règlement intérieur », *Semaine Sociale Lamy* n°1310, Chartes éthiques et relations professionnelles, juin 2007.

²⁰ Note préc.

instituent une conduite des individus leur signification de règles disciplinaires et à les soustraire au régime du règlement intérieur.

B : La compatibilité avec les droits fondamentaux : l'exemple des dispositifs d'alerte professionnelle

Les dispositifs placés sous le signe de l'« éthique » soulèvent la redoutable question de leur compatibilité avec certains droits fondamentaux. L'une des questions les plus âprement débattues concerne les nouvelles modalités de contrôle des conduites résultant de l'instauration des dispositifs d'alerte professionnelle. Outre le fait que ces dispositifs prennent généralement place dans une « charte » ou un « code » de « conduite » ou d'« éthique », ils mettent en évidence plusieurs difficultés révélatrices de l'ambition de ces instruments de réguler *autrement* que ne le font les dispositifs normatifs et disciplinaires classiques.

Un dispositif d'alerte éthique peut être défini comme un système permettant aux salariés de « signaler », selon des modalités variables (par l'intermédiaire d'une ligne téléphonique ou numérique), des faits contraires aux réglementations en vigueur dans l'entreprise (réglementations étatiques ou professionnelles). Il s'agit typiquement d'un mode de contrôle inhérent aux nouvelles formes d'organisation du travail, en particulier au déclin du contrôle hiérarchique classique. La loi américaine dite Sarbanes-Oxley, votée par le congrès en 2002, et dont le champ d'application concerne, non seulement, les entreprises de souche américaine et leurs filiales situées à l'étranger, mais aussi, les entreprises étrangères cotées au New-York Stock Exchange, a considérablement favorisé l'essor de ces dispositifs.

Jusqu'à présent, ces dispositifs n'ont été discutés que sous l'angle des dispositions de la loi Informatique et liberté du 6 janvier 1978, y compris devant la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans la mesure où ils prennent généralement la forme d'un traitement automatisé de données personnelles. Autrement dit, leur compatibilité avec les règles du droit du travail n'a jamais été examinée en tant que telle.

Dans un premier temps, la CNIL avait émis une « réserve de principe » concernant la mise en œuvre de dispositifs pouvant « conduire à un système organisé de délation professionnelle » (Délib. n° 2005-110 du 26 mai 2005 : aff. Mac Donald's France et n°2005-111 du 26 mai 2005 : aff. Cie européenne d'accumulateurs). Elle a dû, par la suite, infléchir sa position compte tenu des obligations imposées par la loi américaine aux entreprises incluses dans son champ d'application. Dans une délibération portant autorisation unique en date du 8 décembre 2005 (Délib. n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements

automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle), la Haute autorité a défini le régime applicable aux dispositifs d'alerte professionnelle en considération des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 qui distingue les traitements courants de données à caractère personnel et les traitements susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales. L'enjeu qui s'attache à la distinction entre les deux catégories de traitements réside dans l'étendue du contrôle exercé par la CNIL. En effet, si les traitements « courants » relèvent du régime simplifié de la déclaration de conformité, les autres sont assujettis à un régime plus strict, celui de l'autorisation, lequel implique un contrôle de la légitimité des finalités poursuivies et de la proportionnalité du dispositif envisagé.

Partant, la CNIL a considéré qu'un dispositif d'alerte professionnelle ne peut bénéficier du régime simplifié que s'il « *répond à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption* ». En revanche, les dispositifs d'alerte tendant au signalement de faits étrangers à ces domaines sont assujettis au régime, plus strict, de l'autorisation. Cependant, aux termes de l'article 3 de la Délibération, il n'était pas exclu qu'un dispositif d'alerte, ayant fait l'objet d'une simple déclaration de conformité, puisse être étendu, de manière exceptionnelle, à « *des faits qui ne se rapportent pas à ces domaines, lorsque l'intérêt vital de cet organisme ou l'intégrité physique ou morale de ses employés est en jeu* ». Même conçue comme une exception, cette possibilité n'en était pas moins porteuse d'un risque d'extension considérable du domaine des dispositifs d'alerte. La portée de cette exception introduite par l'article 3 de la Délibération est à l'origine d'un contentieux tranché par la Cour de cassation dans un important arrêt du 8 décembre 2009²¹. L'affaire concernait la licéité de plusieurs dispositions du code de conduite élaboré par la société Dassault, dont celle prévoyant que le dispositif d'alerte « s'applique également en cas de manquement grave aux autres principes décrits par le code lorsque est mis en jeu l'intérêt vital du groupe (...) ou l'intégrité physique ou morale d'une personne ».

La question était donc de savoir si un dispositif d'alerte ayant fait l'objet d'un simple engagement de conformité auprès de la CNIL pouvait être valablement étendu au signalement de faits étrangers aux domaines comptable, bancaire, financier et de lutte contre la corruption. Littéralement, l'extension du dispositif d'alerte à des faits étrangers à ces domaines semblait bien entrer dans les prévisions de la délibération de la CNIL dans la mesure où les termes de

²¹ Note Cass. soc. 8 décembre 2009, « Les chartes éthiques sous contrôle du juge », Sem. soc. Lamy, n°1433, 15 février 2010.

la disposition litigieuse du code de conduite reproduisaient à l'identique les termes de l'article 3 de la délibération. Néanmoins, la Cour de cassation a considéré qu'un dispositif d'alerte professionnelle faisant l'objet d'un simple engagement de conformité à l'autorisation unique « ne peut avoir d'autre finalité que le signalement de faits délictueux en matière financière, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption ». Le souci de la Cour de cassation d'éviter la banalisation des dispositifs d'alerte s'accorde pleinement avec l'affirmation par la CNIL de leur caractère à la fois facultatif et complémentaire des modes de signalement classiques (voie hiérarchique, représentants du personnel, inspection du travail).

Tirant les enseignements de la solution dégagée par la juridiction judiciaire, la CNIL a modifié la rédaction de l'article 3 de la délibération du 8 décembre 2005 (Délibération n°2010-369 du 14 octobre 2010). En revanche, les faits susceptibles de donner lieu à un signalement en vertu d'un dispositif d'alerte instauré sur le fondement d'un simple engagement de conformité ont été étendus aux pratiques anticoncurrentielles, et plus récemment (Délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014), à la lutte contre les discriminations, le harcèlement, à la santé, la sécurité au travail et à la protection de l'environnement. Cette récente et considérable extension du champ matériel des dispositifs d'alerte soumis au régime simplifié semble contredire l'affirmation par la Haute autorité elle-même de leur caractère complémentaire par rapport aux mécanismes classiques de signalement des conduites délictueuses. On songe bien évidemment aux prérogatives dévolues par la loi aux représentants du personnel en matière de sécurité en milieu de travail, et plus généralement d'atteinte aux droits des personnes.

Les règles issues de la normativité « éthique » s'inscrivent donc dans un vaste et complexe processus de redéploiement des formes d'organisation de l'activité économique. Sous le signe de l'« éthique », prospèrent des instruments au contenu assez composite, qui expriment l'affaiblissement de « la croyance en la force du droit » et corrélativement « la confiance dans les phénomènes de régulation » (G. Koubi, « La notion de charte : fragilisation de la règle de droit, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 165). Certains entendent promouvoir une éthique « sociale », d'autres une « éthique des affaires ». Force est cependant de constater que seuls les instruments de type « éthique des affaires » sont pourvus d'une réelle efficacité juridique. En revanche, les documents promouvant une « éthique sociale », c'est-à-dire ceux placés sous le signe de la « responsabilité sociale de l'entreprise », se présentent essentiellement comme des engagements dont la réalisation est tributaire de la bonne volonté l'entreprise elle-même. Quoiqu'il en soit, les discours sur la gouvernance

d'entreprise formalisés dans les codes de conduite et les chartes d'éthique n'ont pas permis d'endiguer les dérives récentes de la financiarisation de l'économie. Ils n'ont pas non plus accru la place des salariés et de leurs représentants au sein des organes dirigeants des sociétés. Or, de telles dérives ne pourront être contenues par la seule transformation des règles de gouvernance des entreprises cotées et par l'imposition de nouvelles contraintes pesant sur les seuls salariés. Fondamentalement, la question cruciale concerne l'évolution de la conception même de l'entreprise, dès lors que celle-ci ne se conçoit plus comme une organisation productive, mais comme un bien échangeable sur un marché. Cette conception de « *l'entreprise-marchandise* » (C. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise marchandise », *RDT*, janvier 2010, p. 22), source des restructurations récurrentes à finalité financière, rejaillit inévitablement sur le sort des travailleurs. Dans ces conditions, la prolifération des discours de type « éthique » a quelque chose de profondément illusoire (mais sans doute pas d'incongru !) qui masque mal l'impuissance des Etats et des organisations internationales à infléchir la mise en concurrence généralisée des systèmes juridiques.

Section 2: L'individualisation des procédures de traitement des opérations de restructuration

Dans les années 1990, les efforts du législateur et des juges se sont conjugués pour promouvoir une conception du régime du licenciement économique orientée vers la recherche d'un équilibre entre les initiatives de réorganisation des entreprises et l'exigence de maintien de l'emploi. De la découverte d'un devoir d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi et d'une obligation de recherche de reclassement préalable au licenciement, à la nullité des licenciements prononcés en méconnaissance des dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi, l'exigence de maintien de l'emploi a irrigué la compréhension de l'ensemble du régime du licenciement économique.

En restreignant sensiblement l'emprise de la procédure des grands licenciements collectifs, la loi du 18 janvier 2005 a marqué un certain infléchissement de la conception du régime du licenciement économique (§1). Par la suite, les tendances d'évolution du droit du licenciement économique se sont caractérisées par une considération accrue de la volonté du salarié individu comme mécanisme central de contournement de certaines règles légales. Ainsi, la neutralisation par la Cour de cassation elle-même de l'obligation de l'employeur de prévoir des mesures reclassement interne lorsque l'opération de réduction des effectifs emprunte la voie du départ dit volontaire, et non celle du licenciement stricto sensu, illustre une tendance

au reflux des exigences attachées aux procédures de traitement des projets de réduction des effectifs (§2).

§ 1 : La réduction de l'emprise de la procédure des grands licenciements collectifs²² : les enjeux de la jurisprudence dite « Framatome-Majorette »

Dans un arrêt *Petit Bateau* du 9 octobre 1991(n° 89-425), la Cour de cassation avait jugé, d'une part, que le licenciement faisant suite au refus du salarié d'accepter une modification de son contrat de travail pour un motif non inhérent à sa personne, tout en constituant un licenciement économique, d'autre part, que chacun des licenciements prononcés conservait un caractère individuel. Dans le même temps, un arrêt *CEPME* du 10 avril 1991 (n°89-18485) affirmait que les opérations poursuivant un objectif de diminution des effectifs sont soumises à une procédure identique, quelle que soit la forme juridique de rupture du contrat de travail (résiliation conventionnelle ou licenciement).

Une loi du 29 juillet 1992²³ allait mettre un terme à l'orientation restrictive de la jurisprudence *Petit Bateau* en imposant l'application du régime du licenciement économique à toutes les opérations de restructuration se traduisant par la mise en cause de l'emploi ou la modification du contrat de travail, indépendamment de la qualification de l'acte de rupture du contrat (licenciement ou autre). Ce faisant, le refus de plusieurs salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail pour un motif économique tombait désormais sous le coup des procédures de traitement du licenciement collectif.

Dans le sillage de ce mouvement d'extension du régime du licenciement économique aux opérations obéissant à une logique identique, la Cour de cassation a jugé que l'employeur est tenu d'établir un plan social dès lors qu'il est conduit à *proposer* la modification de leur contrat de travail à dix salariés au moins et, « par conséquent, à envisager la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ». Ainsi, la concertation avec les représentants du personnel et l'élaboration du PSE s'imposaient, non plus au stade du refus, mais avant la notification de la proposition de modification des contrats. Cette jurisprudence s'inscrivait dans une évolution du droit positif tendant à soumettre à un même régime des opérations mettant en cause l'emploi, quel que soit le contenu de la mesure (suppression ou

²² « Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. ouv.* juillet-août 2005, p. 296.

²³ Article L. 321-1 al 2 de l'ancien code du travail (désormais article L. 1233-1) : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent ».

transformation d'emploi ou bien encore modification du contrat). Elle consolidait une vision du droit du licenciement économique comme le droit d'un « processus, traitant moins d'un acte de rupture que d'un processus décisionnel dans lequel cet acte prendra éventuellement place » (A. Lyon-Caen, « La procédure au cœur du licenciement économique », *Dr.ouv.* 2002, p. 61).

En subordonnant l'obligation de l'employeur d'engager la procédure des grands licenciements collectifs au stade du *refus* d'au moins dix salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail, la loi du 18 janvier 2005 a infléchi la conception du régime du licenciement économique que la loi et les juges avaient progressivement façonnée. En effet, la procédure de traitement des grands licenciements collectifs a pour finalité de débattre du bien-fondé de l'opération de restructuration et de rechercher des alternatives aux licenciements envisagés. C'est pourquoi, la question de savoir *à quel moment il convient de l'engager* se pose avec une certaine acuité. En effet, le déclenchement de la procédure, procédure dont le PSE constitue l'élément central, après le refus des salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail, conduit inéluctablement à un appauvrissement de ses finalités. L'intérêt qui s'attache au déclenchement en amont de la procédure de traitement des grands licenciements collectifs réside dans la capacité des représentants du personnel de peser en temps utile sur le processus décisionnel et, en particulier, sur le contenu du PSE. De plus, l'information des salariés concernant les mesures alternatives au refus de la modification du contrat milite en faveur d'un déclenchement relativement précoce de la procédure.

Sous couvert de « clarification » et de « sécurisation », la loi du 18 janvier 2005 a mis en pièce l'interprétation judiciaire de l'article L. 321-1-3 de l'ancien du Code du travail²⁴ en déplaçant le fait générateur de l'obligation de l'employeur d'engager la procédure et d'élaborer le PSE vers le refus de dix salariés d'accepter une modification de leur contrat. Ce déplacement fait naître une application différenciée des règles en fonction de l'élément affecté, l'emploi ou le contrat, par la réorganisation. On ne soulignera jamais assez le caractère largement artificiel de la distinction entre modification du contrat et mise en cause de l'emploi, si l'on veut bien admettre que l'emploi est irréductible au poste de travail, c'est-à-dire à un contenu d'activité. En effet, une modification du contrat peut conduire à une profonde altération des spécifications ou des conditions d'exercice de l'emploi (lieu, rémunération, qualification, durée du travail) que ne saurait masquer la distinction entre modification du contrat et transformation d'emploi. Plus avant, quels que soient les mérites du

²⁴ Désormais L. 1233-25 du Code du travail.

tracé jurisprudentiel d'une autre distinction - celle entre modification du contrat et changement des conditions de travail - il n'en demeure pas moins que la proposition de modification du contrat s'analyse en une initiative de l'employeur et que le refus du salarié d'accepter une telle proposition habilite celui-ci à envisager le licenciement. Fort de la liberté de choix du registre procédural sur lequel il entend traiter un projet de réorganisation mettant en cause *l'emploi* - registre des compétences générales du comité d'entreprise ou registre du régime du licenciement économique - l'employeur peut donc se soustraire à l'obligation d'établir un PSE, quel que soit le nombre de salariés dont le contrat est affecté par une proposition de modification.

De la loi de 2005, la conception originelle du PSE est sortie quelque peu affaiblie. La finalité de maintien de l'emploi que la loi lui assigne (« éviter les licenciements ou en limiter le nombre ») s'estompe au profit d'une fonction d'accompagnement des modalités de ruptures d'ores et déjà décidées. Quelle autre teneur le PSE pourrait-il revêtir dès lors que les mesures susceptibles d'y figurer, en l'occurrence des mesures de modification des contrats de travail, ont déjà été proposées aux salariés ?

L'abandon de la jurisprudence « Framatome -Majorette » a ouvert la voie à un mouvement d'individualisation du droit du licenciement économique que les pratiques placées sous le signe du volontariat et les dispositifs créés par la loi du 14 juin 2013²⁵ relative à la sécurisation de l'emploi ont accentué.

§ 2 : Le plan de sauvegarde de l'emploi à l'épreuve de la « volonté » du salarié

On l'a dit, la loi du 20 juillet 1992 a étendu l'application du régime du licenciement économique aux opérations de restructuration qui, sans se traduire par des licenciements au sens strict, tendent vers une logique identique, la mise en cause de l'emploi ou du contrat. Dans le prolongement de cette évolution législative, la Cour de cassation avait jugé que « l'employeur, qui envisage de supprimer de nombreux emplois pour motif économique, est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1²⁶ et suivants du Code du travail, peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie des départs volontaires dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise ». Cette indifférence de la Haute juridiction à l'égard des formes juridiques par lesquelles s'opère la rupture du contrat de *travail* s'accordait avec la conception du droit du licenciement économique selon laquelle

²⁵ Accords de maintien de l'emploi et accords de mobilité interne. V. infra. Chapitre 3 : Perspectives.

²⁶ Désormais, article L. 1233-3 du Code du travail.

celui-ci ne régit pas tant un acte de rupture du contrat de travail, qu'un processus pouvant conduire à une telle rupture. Mécanisme central du processus de traitement du projet de grand licenciement collectif, le plan de sauvegarde de l'emploi s'est vu assigner par la loi la fonction d'« éviter les licenciements » ou, à tout le moins, d'en « limiter le nombre ». Aussi doit-il intégrer un plan de reclassement comportant des mesures précises et concrètes tendant à cette finalité de maintien ou de sauvegarde de l'emploi. Ce faisant, le licenciement, ou plus généralement la rupture du contrat de travail, est conçu comme l'ultime recours. Signe de l'importance accordée par les juges à cette finalité de maintien de l'emploi, la nullité encourue, non seulement par le PSE, mais aussi par « les licenciements qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif » en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de reclassement. Certes, lorsque la rupture du contrat de travail intervenant dans le cadre d'une procédure de licenciement économique prend la forme d'un accord de rupture amiable, et non celle du licenciement, toutes les dispositions légales du régime du licenciement économique ne sont pas applicables. Il en va ainsi des dispositions relatives à l'ordre des licenciements et de celles concernant la notification du licenciement. En revanche, « devrait être applicable l'ensemble des mesures destinées à assurer l'accompagnement social et territorial des procédures de licenciement », parmi lesquelles les mesures tendant au reclassement interne et externe des salariés dont l'emploi est mis en cause. En effet, ces mesures tendent vers une finalité d'intérêt général, le maintien de l'emploi, qu'un accord de volontés privées ne saurait évincer.

C'est pourquoi, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 octobre 2010²⁷ rejetant le pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel de Versailles²⁸ a provoqué une certaine stupeur. Dans cette affaire désormais bien connue, la direction de Renault avait présenté au comité central d'entreprise un projet visant à la suppression d'environ 4000 emplois et qui reposait exclusivement sur des départs volontaires. Il avait été procédé aux concertations requises par la loi dans l'hypothèse d'un projet de grand licenciement collectif. Cependant, le plan de sauvegarde de l'emploi ne prévoyait aucune mesure de reclassement interne. Soutenant que ce plan ne répondait pas aux exigences légales, une organisation syndicale représentative a saisi la justice d'une action en nullité. Dans un arrêt confirmatif, la Cour d'appel de Versailles a estimé que « l'obligation de rechercher et de prévoir des mesures de reclassement interne répond à un objectif impérieux de maintien dans l'entreprise du salarié dont le licenciement

²⁷ Cass. soc. 26 octobre 2010, « L'arrêt *Renault* du 26 octobre 2010 : départs volontaires et reclassement, fin de partie. »

²⁸ « Le régime du licenciement économique à l'épreuve des plans de départs volontaires. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 1^{er} avril 2009 », *Dr. ouv.* 2009, p. 543.

ne peut être évité (...), il est nécessairement satisfait à cet impératif, dès lors que le départ ne peut être imposé à un salarié et que son défaut de maintien dans l'entreprise résulte de sa volonté de mettre un terme à la relation de travail ». Le pourvoi formé par le syndicat reprochait à la Cour d'appel de s'être retranché derrière l'argument de la volonté du salarié de quitter l'entreprise pour dispenser l'employeur de ses obligations en matière de reclassement interne. La Cour de cassation a rejeté cette argumentation et jugé que « si l'employeur, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les intéressés des accords de rupture amiable, il est tenu d'établir un PSE (...), un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois ». Le communiqué publié par la Chambre sociale précisait que « l'obligation légale de prévoir des mesures de reclassement interne ne peut, par définition, concerner des salariés qui décident de quitter *volontairement* l'entreprise ».

Le raisonnement de la Cour de cassation repose sur la combinaison d'une lecture littérale de l'article L. 1233-61 du Code du travail (A) et de la mise en exergue de la volonté du salarié de quitter l'entreprise (B).

A : Les écueils d'une lecture littérale de l'article L. 1233-61 du Code du travail

Procédant à une lecture littérale de l'article L. 1233-61 du Code du travail, la Cour de cassation estime qu'« un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité n'est pas nécessaire, dès lors que le plan de réduction des effectifs exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois ».

L'affirmation selon laquelle un plan de reclassement ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité repose sur une lecture littérale et contestable l'article L. 1233-61 du Code du travail. En effet, si, à la lettre, ce texte assigne au plan de reclassement une fonction de facilitation du reclassement des « salariés dont le licenciement ne pourrait être évité », sa retranscription dans le nouveau Code du travail a subi quelques vicissitudes lors de l'opération de recodification du Code du travail. Précisément, le « plan de reclassement » introduit par la loi du 27 janvier 1993 à l'article L. 321-1-4 de l'ancien Code du travail, renvoyait à un ensemble de mesures, parmi lesquelles les mesures destinées à éviter les

licenciements, et pas seulement à en atténuer les conséquences²⁹, occupaient une place de choix. Or, l'article L. 1233-61 de l'actuel Code du travail, qui a recueilli la teneur des dispositions de l'ancien article L. 321-1-4, assigne désormais au plan de reclassement une fonction exclusivement curative : « faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité ».

Un glissement s'est donc produit lors de la réécriture des textes de la fonction subsidiaire du PSE, c'est-à-dire « faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité » et la fonction principale du plan de reclassement consistant en des mesures de reclassement interne.

B : Le prisme déformant de la volonté du salarié

Pour la Cour de cassation, l'employeur est exempté de son obligation d'intégrer un plan de reclassement au PSE « dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois ». Le raisonnement repose sur l'enchaînement suivant: si l'employeur s'engage à ne prononcer aucun licenciement pour parvenir à son objectif de suppressions d'emplois (4000 en l'occurrence !), il n'y a aucune raison de lui imposer l'obligation de prévoir des mesures de reclassement interne puisque les salariés concernés ont la possibilité de se maintenir dans leur emploi.

La volonté du salarié, sans être explicitement mentionnée en tant que telle, est donc au cœur du raisonnement de la Cour de cassation. Sur ce point, le communiqué relatif à l'arrêt ne laisse d'ailleurs aucune place au doute : « l'obligation légale de prévoir des mesures de reclassement interne ne peut, par définition, concerner des salariés qui décident *volontairement* de quitter l'entreprise, puisque ceux-ci peuvent, en tout état de cause, éviter une rupture de leur contrat en ne se portant pas volontaires pour un départ négocié, ce qui rend alors sans objet la recherche d'un reclassement ».

L'argument tiré de la volonté du salarié de se maintenir dans son emploi dans le contexte d'un projet de restructuration devant se traduire par la suppression de plusieurs milliers d'emplois confine très largement à l'artifice. En effet, le choix du salarié - quitter l'entreprise ou se maintenir sans son emploi - n'intervient qu'en conséquence d'une réorganisation dont l'initiative revient exclusivement à l'employeur, et que ne saurait dissimuler le voile de la

²⁹ Comme par exemple, les mesures de réduction et d'aménagement du travail, de création d'activités nouvelles, d'actions de formation et d'adaptation des salariés à l'évolution de l'emploi dans l'entreprise

volonté, en l'occurrence celle du salarié. Plus avant, le prisme de la volonté élude totalement la question, pourtant essentielle à nos yeux, du sort, à moyen terme, des salariés qui n'auraient pas opté pour un départ volontaire. En d'autres termes, parce que le projet de restructuration envisagé par la direction suppose *de toute manière* une réduction des effectifs de grande ampleur, s'en tenir à l'exigence ou à la condition de l'exclusion de tout licenciement, et son corollaire la possibilité dont dispose le salarié de se maintenir dans son emploi, ce n'est pas seulement rester à la surface des choses, c'est aussi scinder artificiellement le traitement d'une même opération et priver les salariés et leurs représentants de la possibilité d'apprécier les perspectives de reclassement dans l'entreprise ou dans le groupe.

Dans un arrêt rendu le 25 janvier 2012 (n°10-23516), la Cour de cassation a été amenée à circonscrire la portée de la solution dégagée dans l'arrêt Renault. Dans cette affaire, le projet de réorganisation devait se traduire par l'externalisation d'un service entraînant de facto la suppression des emplois concernés. Or, le PSE prévoyant le dispositif de départs volontaires ne comportait pas de plan de reclassement interne. Un salarié dont la candidature au départ volontaire avait été refusée a introduit une demande en nullité du PSE et sollicité que soit consécutivement prononcée la nullité de son licenciement. L'arrêt d'appel, qui l'avait débouté de ses demandes, est cassé au visa des articles L. 1233-61 et 1231-1 du Code du travail. Dans un attendu de principe, la Chambre sociale énonce que « si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour des raisons économiques en concluant avec les intéressés des accords de rupture amiable, n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre des objectifs qui lui sont assignés en termes de suppression d'emplois, il en va autrement lorsque le projet de réduction des effectifs implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires ; le maintien de ces salariés dans l'entreprise supposant nécessairement en ce cas un reclassement dans un autre emploi, un plan de reclassement interne doit alors être intégré au PSE ».

Amplement commenté, cet arrêt tempère quelque peu la solution dégagée dans l'affaire Renault. Il en ressort que l'employeur n'est dispensé de l'obligation d'établir un plan de reclassement interne que dans l'hypothèse d'un plan de réduction des effectifs exclusif, non seulement de tout licenciement stricto sensu, mais aussi de la suppression des emplois des salariés concernés. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, l'employeur peut ne pas intégrer de plan de reclassement interne au sein du PSE. En revanche, dès lors que les salariés ne disposent pas de la faculté de se maintenir effectivement dans leur emploi, l'employeur est tenu d'intégrer au PSE des mesures de reclassement interne.

Ces modifications apportées par touches successives au régime du licenciement économique ont affaibli la dimension collective des procédures de traitement des réorganisations. En instaurant les accords dits de « maintien de l'emploi » et de « mobilité interne », la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a accentué ce mouvement d'individualisation du traitement des opérations de restructuration. Désormais, les licenciements économiques consécutifs au refus des salariés de se voir appliquer les dispositions prévues par un accord de maintien de l'emploi ou de mobilité interne ont un caractère individuel, quel que soit par ailleurs le nombre de licenciements envisagés.

Chapitre 3 : Perspectives de recherche

C'est à la lumière de la conviction selon laquelle la recherche tous azimuts d'adéquation des règles de droit aux pratiques économiques ne saurait indéfiniment tenir lieu de politique du droit que l'on voudrait tracer quelques perspectives de recherche.

La relative érosion des catégories forgées par le droit du travail dans la période de son « âge d'or » procède d'une recomposition des formes d'organisation de l'activité économique dans un espace désormais affranchi des frontières étatiques. Les mouvements de fractionnement et de recomposition continus de l'entreprise ont conduit au délitement du modèle de la grande entreprise intégrée et à l'émergence de la figure du « réseau ». Éclatement des collectivités de travail, diversification des statuts d'emploi, diffusion du pouvoir et insaisissabilité du pôle d'imputation des responsabilités, tels sont les traits bien connus des nouvelles formes d'organisation de l'activité économique. Par ailleurs, le « coût du travail » est devenu un élément central de la concurrence que se livrent les entreprises, et sa réduction est au cœur des revendications patronales et des politiques publiques. Loin de se cantonner à une revendication d'allègement des cotisations sociales, cette revendication affecte l'ensemble des garanties attachées au statut d'emploi et se traduit progressivement par une révision des mécanismes juridiques qui tendent à en assurer la pérennité et/ou la stabilité. Si le temps dans sa double dimension – temps de travail et temps du contrat – a constitué et demeure le principal vecteur de l'évolution du droit du travail vers un modèle de flexibilité, d'autres segments du droit du travail, comme le droit du licenciement économique, portent désormais les marques de cette évolution. Avec la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi, une nouvelle catégorie d'accord collectif visant à « maintenir l'emploi et l'activité dans un contexte de graves difficultés conjoncturelles » a vu le jour. Ces accords visent à contourner le régime de la modification du contrat et celui du grand licenciement collectif. En effet, quel que soit le nombre de salariés refusant l'application des dispositions de l'accord, « leur licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». Cette faculté reconnue par la loi aux partenaires sociaux de conclure un accord collectif ayant pour objet la mise en place d'une organisation du temps de travail et/ou la réduction de la rémunération contractuelle en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi, fait (re)surgir une série de questions concernant pèle mèle l'articulation du contrat individuel de travail avec la norme collective, et plus généralement les rapports de

l'autonomie collective et de l'autonomie individuelle, l'efficacité juridique de l'engagement patronal de maintien de l'emploi, l'étendue du contrôle judiciaire sur le motif de la rupture du contrat de travail et l'accord collectif. Doivent être rapprochés des accords de maintien de l'emploi, les accords dits de mobilité interne, également issus de loi du 14 juin 2013, qui permettent d'imposer un changement de lieu de travail et/ou d'emploi sans que le refus du salarié d'accepter un tel changement n'entraîne l'application du régime droit commun de la modification du contrat de travail et, le cas échéant, celui du grand licenciement économique collectif. Fondamentalement, ces nouvelles catégories d'accords collectifs ont pour finalité de faciliter les réorganisations qui ne se traduisent pas, de manière immédiate, par des réductions d'effectifs en dispensant l'employeur d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi et un ordre des licenciements. Plus avant, la fragilisation de l'édifice du contrat de travail qu'induisent ces dispositifs conventionnels devrait conduire à s'interroger sur *ce que consentir veut dire*. En effet, soustraire le contrat de travail à certaines règles du droit commun des contrats est une chose, contourner le principe de sa force obligatoire par le biais de l'effet normatif de l'accord collectif en est une autre. Selon nous, il s'agit moins de réfléchir à de nouvelles modalités permettant de s'assurer du caractère libre et éclairé du consentement du salarié à la mise en sourdine des garanties attachées au contrat de travail que d'interroger la pertinence de la référence au contrat comme acte fondateur du rapport de travail salarié. Plus fondamentalement, ce sont les grandes catégories au travers desquelles le droit social a bâti sa description du monde, en particulier celles d'entreprise, d'employeur, de subordination, qui semblent de plus en plus impuissantes à garantir aux travailleurs leurs droits essentiels et à décrire la complexité des formes d'organisation du capital et d'exploitation de la force de travail. C'est pourquoi, il importe d'intégrer dans les discours juridiques des concepts aptes à pallier les carences descriptives induites par « les nouvelles dimensions introduites par la finance de marché » (C. Hannoun, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, *RDT* 2008, p. 289).

En second lieu, le mouvement de flexibilisation des conditions juridiques d'acquisition et d'utilisation de la main d'œuvre a ouvert un nouvel espace aux normes supra étatiques. En effet, la perméabilité du raisonnement du juge constitutionnel à un modèle de normativité économique incite de plus en plus les justiciables à mobiliser les normes internationales et européennes pour faire obstacle à des dispositions étatiques, voire conventionnelles, restrictives des droits des salariés. Ainsi, les tentatives des pouvoirs publics (avec l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat nouvelle embauche) et des partenaires

sociaux (dispositions conventionnelles prévoyant des périodes d'essai d'une année) pour transformer la période d'essai en mécanisme de gestion de l'emploi ont-elles été contrariées au travers de l'invocation de la Convention n°158 de l'OIT sur le licenciement.

Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne, tout en soulignant l'incompatibilité avec les exigences du droit européen de l'article L. 1111-3 du Code du travail qui exclut du calcul des effectifs de l'entreprise les salariés embauchés sous contrats aidés³⁰, a considéré que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux « ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition ». Cette décision nous paraît emblématique de la fragilité affectant les dispositions internationales et européennes instituant des droits fondamentaux. En effet, la Cour de justice s'attache aux qualités syntaxiques de l'énoncé de l'article 27 de la charte des droits fondamentaux reconnaissant un droit à l'information et à la consultation des travailleurs pour lui dénier toute efficacité horizontale. Plus avant, cette décision fait naître des interrogations sur le statut des droits fondamentaux et leur aptitude à faire barrage à des dispositions ostensiblement contraires aux exigences induites de leur reconnaissance. Ainsi, la distinction entre « droits » et « principes » évoquée - mais non explicitée - aux articles 51 et 52 de la Charte invite à assigner aux droits fondamentaux différents régimes de justiciabilité. Si, à première vue, les « droits » semblent dotés d'une pleine justiciabilité imposant aux institutions de l'Union ou des Etats membres d'adopter des mesures destinées à en concrétiser le contenu, les « principes » paraissent n'être dotés que d'une justiciabilité minimale permettant « seulement » de faire obstacle à des actes qui en contrarieraient la teneur. S'agissant cependant du droit à l'information et à la consultation des travailleurs, la Cour de justice s'écarte, non seulement, d'un modèle de justiciabilité renforcée, mais aussi, d'un modèle de justiciabilité minimale. De cette décision, la protection des droits sociaux fondamentaux ne sort pas renforcée alors que, dans le même temps, les libertés économiques semblent avoir accédé, avec les arrêts Laval et Viking, à une dignité dont les premiers semblent exclus. La prégnance du critère de l'entrave au marché, entrave résultant de l'exercice des droits d'action collective, et partant des critères de l'attractivité du droit national, a pour effet de mettre en sourdine la finalité qui s'attache à ces droits d'action collective, à savoir la correction du rapport de pouvoir qui caractérise la relation de travail. La place, plus qu'incertaine à ce jour, des droits sociaux fondamentaux dans la construction européenne invite donc à se tourner

³⁰ « Le droit fondamental à l'information et à la consultation des travailleurs : quelle justiciabilité ? A propos de l'arrêt AMS rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne le 15 janvier 2014 », *Dr. ouv.* p. 546.

vers d'autres cieux. C'est pourquoi, les normes élaborées sous les auspices de l'Organisation internationale du travail nous semblent devoir mériter une attention renouvelée. Depuis deux décennies, la place des normes sociales dans un contexte d'interdépendance croissante des économies et de mise en concurrence des systèmes juridiques est au cœur des réflexions de cette organisation. La Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail en a fourni une première illustration. Ce texte instaure un mécanisme d'obligation liée à la seule appartenance des États à l'OIT, et non à la ratification des conventions, de respecter les quatre principes et droits fondamentaux retenus (liberté d'association et reconnaissance effective du droit de négociation collective, élimination de toute forme de travail forcé et du travail des enfants, élimination de la discrimination). Ce faisant, en isolant quatre droits et principes qualifiés de fondamentaux, la question se pose de savoir si une hiérarchisation des droits fondamentaux n'est pas en train de s'établir, dont découlerait une forme « super-fondamentalité » attachée aux droits et principes considérés. Cette idée de « super-fondamentalité » semble confortée par la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable qui apporte deux séries de précisions. La première intéresse, parmi ces droits et principes fondamentaux, le statut particulier reconnu à la liberté syndicale et à la négociation collective qui se voient ériger en prérogatives « particulièrement importantes » pour la réalisation des quatre objectifs stratégiques. La seconde concerne l'interdiction d'utiliser ou d'invoquer la violation des droits et des principes fondamentaux en tant qu'avantage comparatif légitime. Cet aspect mérite, selon nous, une attention particulière dans un contexte mondial où « le coût du travail » au sens large est présenté comme l'obstacle majeur à la compétitivité, comme en témoignent les récentes déclarations du Ministre du travail sur la suspension des seuils sociaux.

Enfin, la très médiatique « affaire Baby Loup »³¹, opposant une crèche associative à une salariée licenciée pour faute grave à la suite de son refus d'obtempérer à l'ordre de la direction de retirer son foulard, ne pouvait manquer d'interroger le chercheur attentif aux fonctions des droits fondamentaux dans l'ordonnement des relations de travail. Au cœur de cette affaire donc, la tension entre, d'un côté la liberté d'une salariée de manifester ses convictions religieuses par le port d'un vêtement rituel, de l'autre, le souci de préserver certains espaces et certains publics des conduites prosélytes en imposant aux salarié.és. une obligation de neutralité. Dans un arrêt rendu le 19 mars 2013 (n°11-28845), la Chambre

³¹ « Epilogue incertain de l'affaire Baby-Loup : l'obligation de neutralité dans une entreprise investie d'une mission d'intérêt général », *Dr.ouv.* 2014, p. 73.

sociale de la Cour de cassation avait jugé que « le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs du secteur privé qui ne gèrent pas un service public » pour en déduire le caractère discriminatoire du licenciement prononcé par la crèche. La question n'est donc pas, ou du moins plus, de savoir si le principe de laïcité est applicable dans les rapports de travail (il ne l'est pas !), mais de déterminer les restrictions admissibles à la liberté religieuse. A cette question, la Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a apporté une réponse nuancée s'écartant de la solution dégagée par la Cour régulatrice. Sans se référer explicitement au principe de laïcité, elle considère qu' « une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut, dans certaines circonstances, constituer une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et se doter d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel » dans l'exercice de certaines tâches, précisément les activités d'éveil et d'accompagnement des enfants. Contrairement à ce qui a été dit et écrit, cette décision ne suggère pas une extension tous azimuts de la laïcité. Il s'agit seulement de permettre aux personnes privées exerçant une activité d'intérêt général de faire le choix de placer celle-ci sous le signe de la neutralité religieuse.

Au travers de ses épisodes successifs et des désaccords entre les juridictions du fond et la Cour régulatrice, cette affaire rappelle que le droit est avant tout « une lutte sur le sens » (A. Jeammaud et M. Le Friant, « L'incertain droit à l'emploi », *Travail, genre et sociétés*, 1999, p. 29). des énoncés juridiques. Elle met en lumière la dimension foncièrement ambivalente, maintes fois soulignée dans nos travaux, des droits fondamentaux. D'un côté, remparts contre l'arbitraire et les dérives d'une flexibilisation insuffisamment encadrée par les pouvoirs publics, de l'autre, vecteur de l'individualisation des rapports de travail qui renvoie tout à la fois à des pratiques de gestion de la main d'œuvre et à une considération accrue du salarié individu. Elle invite également à une réflexion prospective sur les fonctions du Droit dans une société ultra libérale. Retrait des pouvoirs publics d'un certain nombre de secteurs de la vie économique et sociale, érosion du statut associé à l'emploi salarié, volonté de neutralisation du contrôle judiciaire, délitement des solidarités professionnelles, tels sont les effets bien connus du processus de globalisation de l'économie, c'est-à-dire de l'émergence d'un marché total (A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010). Que, dès lors, prospèrent sur les ruines du modèle de régulation socio-économique auquel était adossé le droit du travail des formes de régulation « douce », telles que chartes éthiques, responsabilité sociale de l'entreprise, appelées de leurs vœux par les plus hautes instances de l'Etat (*Le droit souple*, Rapport du Conseil d'Etat 2013) ainsi que des discours

revendicatifs visant à enfermer les individus dans des identités culturelles ou religieuses pré construites, n'a rien de très surprenant.

C'est pourquoi, le Droit au sens fort devrait, selon nous, constituer « le lieu d'une résistance » (G. Koubi, « Egalités, inégalités, différences », in *Egalité et inégalité*, Y. Michaud (dir), Odile Jacob, 2003, p. 117) aux discours économiques et sociétaux prétendant n'assigner à la règle qu'une fonction de réduction des coûts ou de correction du marché³² ou d'enregistrement des aspirations individuelles. Pour cela, il incombe aux juristes universitaires de promouvoir une conception de leur discipline qui ne soit pas seulement vouée à la simple description d'un droit positif réduit à l'entérinement des discours et des pratiques économiques. En un mot, redécouvrir les vertus d'une analyse critique du Droit (A. Jeammaud, A. Roudil, F. Collin, R. Dhoquois, P.-H. Goutierre, G. Lyon-Caen, *Le Droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, 1980).

³² « A propos de normativité économique et droit du travail », *Droit ouvrier*, 2013, p. 521.

Introduction.....3

Chapitre 1: Droits fondamentaux et droit du travail..... 5

Section 1 : La référence aux droits fondamentaux dans les discours juridiques..... 5
§1 : La relative consubstantialité des droits fondamentaux aux normes fondatrices.....5
§2 : Les droits fondamentaux : manifestation du processus de « constitutionnalisation » du droit.....5
§3 : La mise en œuvre des droits fondamentaux en droit du travail : l’éclectisme des sources et des références.....10
A : Le contentieux du statut protecteur.....11
B : Le règlement intérieur confronté aux droits de la personne.....12
Section 2 : Les droits fondamentaux : référent ultime face au modèle de flexibilité ?.....14
§ 1 : Changement de modèle de droit du travail et fonction d’obstacle des droits fondamentaux.....14
§ 2 : L’essor d’une exigence d’égalité de traitement: limite à l’élargissement des facultés d’individualisation des rapports de travail.....17
A: Vers une conception plus exigeante des justifications admissibles des différences.....17
B : La négociation collective à l’épreuve de l’exigence d’égalité de traitement.....29

Chapitre 2 : Le droit du travail confronté aux évolutions des formes d’organisation de l’activité économique et de gestion de l’emploi.....21

Section 1 : La diffusion d’une normativité « éthique ».....21
§1 : Une normativité inhérente au redéploiement des formes d’organisation de l’activité économique.....22
A : Diversité.....22
B : Fonctions.....22
§2 : Un modèle concurrent de la normativité juridique ?.....23
A : Règles de droit et règles de normalisation.....23
B : La compatibilité avec les droits fondamentaux : l’exemple des dispositifs d’alerte professionnelle.....25

<u>Section 2 : L'individualisation des procédures de traitement des opérations de restructuration</u>	28
§1 : La réduction de l'emprise de la procédure des grands licenciements collectifs : les enjeux de la jurisprudence dite « Framatome-Majorette ».....	29
§2 : Le plan de sauvegarde de l'emploi à l'épreuve de la « volonté » du salarié.....	31
A : Les écueils d'une lecture littérale de l'article L. 1233-61 du Code du travail.....	33
B : Le prisme déformant de la volonté du salarié.....	34
Chapitre 3 : perspectives de recherche.....	37