

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**« Un marché fortement réglementé ?
Les grandes lignes du droit du travail en France »**

Jean-Michel Lattes
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'Institut de droit privé (IDP – EA 1920)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« Un marché fortement réglementé ? Les grandes lignes du droit du travail en France »

Par

Jean-Michel LATTES

Maitre de Conférences en droit privé à

l'Université Toulouse 1 Capitole

Chercheur à l'Institut de Droit Privé

(EA 1920 — Sciences de la société)

On ne peut évoquer le droit du travail et la réalité de son influence sur le marché de l'emploi sans se projeter dans notre histoire juridique. En France, le niveau de réglementation sociale a connu de multiples évolutions liées, dans un premier temps, à la nécessaire protection du salarié, puis destinées, dans une seconde phase, à préserver l'emploi face aux conséquences de la crise économique.

La mise en évidence du lien étroit qui existe entre sa situation dans l'emploi et le contexte juridique dans lequel il se trouve¹ permet de justifier l'impérieuse nécessité de protéger le salarié contre les atteintes subies dans le cadre de ses activités professionnelles². Celui-ci travaille le plus souvent dans un lieu déterminé, la Manufacture du XIX^{ème}, sous l'autorité d'un chef d'atelier et, cela, dans le contexte d'une fragilité juridique caractérisée. L'offre de travail est confrontée à la demande d'emploi sans autre garde fou que celui des règles marchandes organisées par le Code civil de 1804³. Le droit du travail et le droit de la protection sociale se combinent alors pour construire progressivement le socle d'une identité nouvelle faisant du salarié une personne juridiquement protégée dans son rôle social grâce à un outil juridique nouveau: le contrat de travail⁴. Entre la première loi sociale de 1841 sur l'interdiction du travail des enfants et les lois Auroux de 1982 renforçant les droits des salariés et confortant la représentation du personnel, une construction juridique ambitieuse et originale aboutit à l'élaboration d'un nouvel ordre juridique mêlant protection individuelle et droits collectifs. Le droit du travail organisé autour de la protection du salarié constitue la matrice de cette évolution.

L'évolution du social se heurte cependant au mur des réalités économiques. Les politiques dites de « déréglementation » ou de « flexibilité » destinées, à partir des années 80, à lutter contre le chômage aboutissent à la remise en cause de la protection quasi-statutaire progressivement élaborée au profit de l'homme au travail⁵. La mutation du droit du travail vers de nouvelles logiques permettant de le qualifier désormais de « droit de l'emploi » n'est pas sans conséquence sur le pouvoir juridique attribué à l'employeur dans la libre gestion de son personnel. Sans qu'il ne soit possible de parler de bouleversements⁶, on constate alors l'émergence de processus contradictoires faisant évoluer les perspectives précédentes. L'apparition d'un droit « à plusieurs vitesses » facilitant les choix et les alternatives permet de considérer qu'à coté du droit traditionnel du travail se développe une sorte de deuxième marché de l'emploi⁷ ne respectant pas les fondements de la protection sociale au nom de la nécessité de créer des postes nouveaux ou de maintenir les emplois. Le droit du travail n'est plus uniquement un outil de protection, il devient un outil de gestion. C'est l'intérêt économique de l'entreprise qui domine, le statut du salarié ne constituant plus un élément déterminant dans les relations contractuelles liant les partenaires sociaux.

Le droit du travail a été mis en place pour réguler le pouvoir de gestion de l'employeur. Le passage d'une logique purement civiliste à une nouvelle perspective sociale éloignée des référents patrimoniaux a permis d'élaborer un véritable statut du salarié ouvrant ainsi de nouveaux champs juridiques (**Partie 1.**)

¹ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, thèse, Toulouse 1, LGDJ, 1956.

² J.-M. Lattes, « Le corps du salarié dans l'entreprise », *Mélanges Despax*, Presses de l'Université Toulouse 1, 2001, p. 297 à 322.

³ J.-M. Lattes, « Le travail, objet de propriété ? », actes du colloque « Propriété et Révolution », Éditions du CNRS, 1991, p. 221 et s.

⁴ R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard 1996.

⁵ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

⁶ A. Jeammaud, « Droit du travail 1998 : des retournements plus qu'une crise », *Dr.Soc.* 1988, p. 583.

⁷ J. Pelissier, « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.* 1985, p. 531 et s.

Le droit social est cependant placé au cœur de mutations dont il est difficile de mesurer les conséquences sur le long terme⁸. La volonté du législateur de favoriser l'emploi (**Partie 2.**) le conduit, dès les années 80, à assouplir des règles qui, jusque là, encadraient strictement la relation de travail alors qu'à l'inverse, le contrôle du juge sur la rupture du contrat de travail ne cesse d'être renforcé. Le droit social européen participe à ces mutations en introduisant dans notre législation de nouvelles orientations dont il convient de prendre la mesure.

Partie 1. La construction d'un droit protecteur du salarié.

La nature même du travail humain est en constante évolution. La fonction de production, base de l'activité industrielle du XIX^{ème} siècle, voit sa part peu à peu réduite au profit des activités de service et la rémunération du salarié est complétée par des prestations sociales au détriment des revenus directs du travail.

Le droit du travail participe à ces mutations même s'il convient de considérer qu'il les accompagne plus qu'il ne les organise. Le passage dans l'entreprise d'un droit exclusivement civiliste fondé sur la reconnaissance du droit de propriété à un droit nouveau organisant la place de l'homme au travail, le droit social⁹, constitue le témoignage évident de ces évolutions fondamentales. La réglementation du marché du travail est dominée par la volonté de protéger le salarié. Le droit civil est inadapté, un droit nouveau doit être inventé.

A. Les fondements patrimoniaux de la relation de travail.

Le Code Civil de 1804, directement inspiré des orientations prises par le législateur révolutionnaire¹⁰, maintient le travail humain dans la catégorie réductrice des biens marchands¹¹. Seuls deux articles du nouveau code sont consacrés au « *contrat de louage de service* », l'objectif du législateur de l'époque étant d'organiser l'étendue et les limites de l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les diverses espèces de biens¹². L'employeur est propriétaire des biens meubles et immeubles de l'entreprise. Il peut « *en jouir de la manière la plus absolue* »¹³. Pour faire fonctionner ses machines, il recrute des salariés qui, en s'engageant, se soumettent à son autorité¹⁴ sans aucune protection juridique.

Cette situation consacre le règne de l'autonomie de la volonté, au profit exclusif de l'employeur, en continuité directe avec les réflexions dominantes des économistes du XVIII^e siècle prônant l'ultra libéralisme¹⁵ et ses vertus. Ce droit marchand du travail demeure très éloigné de l'idée même de protection sociale, les rapports entre les partenaires au contrat se réduisant à une sphère exclusivement économique¹⁶. L'employeur est le « *seul maître* » dans son entreprise et son pouvoir est sans limite dans une relation d'emploi par nature déséquilibrée. En ne privilégiant personne, le législateur néglige la protection des faibles et les règles juridiques égalitaires apparaissent dramatiquement inefficaces dans leurs objectifs supposés de correction des discriminations.

⁸ D. Meda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier, 1995 - D. Schnapper, *Contre la fin du travail*, Textuel, 1998 - A. Lebaube, *Le travail, toujours moins ou autrement*, Le Monde Éditions, 1997 - J. Boissonnat, *Le travail dans vingt ans*, Odile Jacob, 1995.

⁹ P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. Soc.* 1945, p. 208 et s. - G-H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, chr. 23.

¹⁰ Il s'agit ici essentiellement des décrets d'Allarde des 2 et 17 mai 1791 qui consacrent « *la liberté du commerce et de l'industrie* » et la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 qui condamne « *les coalitions patronales et ouvrières* ». Ces textes organisent, de fait, le libre achat du travail humain en écartant tout contre-pouvoir, la création de syndicats étant interdite.

➤ J. Le Goff, *Du silence à la parole*, Calligrammes-La Digitale, 1985.

¹¹ *Naissance du code civil*, préface de F. Ewald, Paris, Flammarion, 1989.

¹² Art. 1779 du C. Civ.

¹³ Art. 554 du C. Civ.

¹⁴ Art. 1134 du C. Civ.

¹⁵ A. Smith, *Recherches sur les causes de la richesse des nations*, Paris, Flammarion 1991.

¹⁶ M.-E. Chatelain, « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le monde du travail conforme aux principes du Code Civil », *RTDC*, 1904, p. 388.

Les conséquences de cette situation sont révélées par le rapport du docteur Villermé de 1840. En dressant le « *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* », ce médecin décrit la réalité tragique de la vie sociale des ouvriers de l'époque, conséquence directe de l'absence d'encadrement juridique du pouvoir de direction de l'employeur. Rémunérations dérisoires et aléatoires, conditions de travail harassantes et dangereuses, journées de travail sans limite dans le temps, absence de protection des femmes et des enfants, licenciements libres, grèves illicites... au-delà de ces carences sociales, l'organisation civiliste du travail humain révèle toutes ses limites¹⁷.

Une mutation est nécessaire qui, sans remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'employeur, en limitera les excès¹⁸. La doctrine juridique prend conscience de la nécessité de désentraver le contrat de travail de son carcan civiliste. La perception du travail évolue et on en vient à considérer que l'employeur n'achète pas une simple quantité de travail mais qu'il dispose en réalité d'une forme de pouvoir sur une personne qualifiée de productive¹⁹. De ce constat novateur naît la nécessité de mettre en place des logiques juridiques originales tenant compte de contraintes que le droit civil ne pouvait intégrer du fait de ses fondements. C'est la création de la législation du travail.

Les principales orientations de la première grande loi sociale, la loi du 22 mars 1841, témoignent de la prise en compte de la dimension humaine du travail salarié et de la volonté affirmée de préserver les ouvriers de l'emprise excessive du pouvoir patronal²⁰. En interdisant le travail des enfants de moins de 8 ans, le droit prend acte du caractère inacceptable de leur participation physique à un dispositif industriel. Les textes qui prolongent ces premières orientations participent à ce mouvement en préservant les femmes et, surtout, les mères dans leurs activités au sein de l'entreprise²¹. Le pouvoir de l'employeur n'est pas remis en cause mais il est encadré lorsqu'il risque de porter atteinte aux personnes.

Le rôle de l'État est au cœur de ces débats. L'autorité publique doit-elle préserver l'entreprise en tant qu'entité autonome et ne se consacrer qu'à l'organisation et à la régulation de la société qui l'entoure ou, doit-elle, à l'inverse, participer directement au rééquilibrage des rapports professionnels ? Malgré l'opposition forte de nombreux responsables économiques, le choix de mettre en place de nouvelles logiques sociales s'impose progressivement. Au-delà du seul contrat qui lie l'employeur à ses salariés, l'État impose – par le moyen de règles sociales impératives – la reconnaissance de nouvelles voies juridiques très éloignées des concepts civilistes.

B. Le droit du travail, outil de protection du salarié.

L'histoire de la construction du droit du travail permet de mesurer les mutations profondes générées par ces nouvelles logiques sociales. Sur le terrain des droits collectifs, la reconnaissance de contre-pouvoirs syndicaux ouvre la voie à l'organisation de rapports sociaux plus équilibrés²² alors que sur celui des droits individuels, le législateur élabore un véritable statut du salarié avec pour objectif d'en faire un véritable sujet de droit et non plus uniquement un être soumis à la loi des marchés et du libéralisme sauvage.

La loi du 27 décembre 1890 précise que « *la résiliation du contrat par l'effet d'un seul peut donner lieu à des dommages et intérêts* ». L'employeur n'a plus la possibilité de rompre unilatéralement et, surtout abusivement, la relation de travail²³. Les lois sur le repos obligatoire et le temps de travail²⁴, la loi du 27 décembre 1892 relative au règlement des conflits, la loi du 25 mars 1919 instituant le régime des conventions collectives... constituent le socle d'une nouvelle orientation du droit français s'éloignant définitivement des

¹⁷ Avec « *Germinal* », Emile Zola décrira, quelques décennies plus tard, la terrible situation des ouvriers de l'époque et les conséquences de l'absence de droit protecteur.

¹⁸ M.-F. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, LGDJ, 1996.

¹⁹ M. Despax, « Droit du travail et transformations sociales », *Mélanges Cabrillac*, 1968, p. 143 et s.

²⁰ Th. Aubert-Monpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, Éditions du CNRS, 1988.

²¹ Loi du 19 mai 1874.

²² Lois du 25 mai 1864 sur les coalitions et du 21 mars 1884 sur la reconnaissance du droit d'association et la suppression du délit de coalition.

²³ Dans le même esprit, la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents de travail des « *ouvriers et employés* » remet en cause le droit civil de la responsabilité en renforçant les possibilités de réparation des dommages subis par le salarié dans le cadre de son activité.

²⁴ Loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire et loi du 23 avril 1919 sur la journée de 8 heures.

principes fondateurs du droit civil. Le pouvoir de l'employeur ne vient plus du droit de propriété, il participe aux nécessités de fonctionnement du nouvel ensemble social que constitue l'entreprise²⁵. Ses droits ne sont plus « *personnels et absolus* » – par référence au Code Civil – mais « *sociaux et relatifs* ». La prise en compte de la dimension humaine de la relation de travail fragilise des choix contractuels contraints de respecter de nouvelles protections élaborées en vue de créer un véritable statut protégeant la personne du salarié.

Le Front Populaire entraîne une accélération de ce processus. La réduction du temps de travail²⁶, les garanties de rémunération²⁷, la libre détermination collective des relations de travail²⁸, l'organisation et le renforcement de la représentation du personnel²⁹, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise³⁰, l'encadrement du droit du licenciement³¹, l'organisation de la prévention dans l'entreprise³²... constituent les principaux jalons d'une évolution qui connaît son apogée avec les lois Auroux³³. C'est la reconnaissance d'une véritable citoyenneté du salarié au sein de son entreprise qui est affirmée dans ces derniers textes. « *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent aussi l'être dans leur entreprise* » affirme le ministre de l'époque témoignant ainsi de l'aboutissement d'une évolution sociale inscrite dans une perspective juridique totalement autonome³⁴.

Toutes ces transformations s'inscrivent dans le cadre de réflexions fortes centrées autour du devenir de la notion d'entreprise. Celle-ci n'est plus seulement un patrimoine, elle constitue une véritable communauté, certains préférant parler d'institution sociale³⁵. Cette construction, séduisante, ne résiste pas à la montée du chômage qui se substitue à la protection du salarié dans les préoccupations du législateur.

Partie 2. L'avènement du droit à l'emploi.

La nécessaire protection de l'emploi entraîne le législateur vers des chemins nouveaux, bien différents de l'évolution ayant conduit à l'élaboration des normes sociales destinées à protéger le salarié. Cette mutation des choix politiques et économiques conduit le législateur à libérer le pouvoir de l'employeur au détriment de certains droits parfois anciens reconnus aux salariés (A.).

Pourtant, si dans ses choix de gestion il voit sa tâche facilitée, il subit, à l'inverse, un encadrement de plus en plus étroit de ses décisions économiques lorsque celles-ci sont susceptibles de déboucher sur des suppressions de postes. Les conséquences sont aisément mesurables tant au niveau de la situation personnelle des salariés que dans le fonctionnement même de l'entreprise³⁶ (B.).

A. Le retour à des logiques économiques.

Le droit du travail est aujourd'hui soumis à de nouvelles logiques qui se révèlent à la fois évolutives et contradictoires. Afin de favoriser l'emploi, le législateur en a fait un outil de gestion technique au risque de renoncer à sa fonction première de protection des salariés. Le droit social devient le principal moyen de

²⁵ J. Donzelot, *L'invention du social*, Paris, Fayard 1984 - R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat*, Éditions Fayard 1995 - S. Weill, *La condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 1937 - F. Sellier, *Les salariés en France*, Paris, PUF, 1979.

²⁶ Lois des 11-12 juin 1936 sur la semaine des 40 heures.

²⁷ Loi du 11 février 1950.

²⁸ Lois du 24 juin 1936 et du 11 février 1950.

²⁹ Loi du 24 juin 1936 sur les délégués ouvriers, ordonnance du 22 février 1945 sur les Comités d'entreprise, loi du 27 décembre 1968 sur les délégués syndicaux.

³⁰ Ordonnance du 7 janvier 1959, loi du 12 juillet 1965, ordonnance du 17 août 1967.

³¹ Lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975..

³² Loi du 6 décembre 1976.

³³ Lois du 4 août, 28 octobre, 13 novembre et 23 décembre 1982.

³⁴ Rapport Auroux du 8/09/1981 sur les droits des travailleurs, LDF collection des Rapports officiels 1982 - J.-C. Javillier, *Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981*, LGDJ, 1985.

³⁵ La théorie de l'institution reprise dans les travaux de M. Hauriou est adaptée à l'entreprise par P. Durand. Elle est à l'origine d'un vaste et riche débat doctrinal autour de la valeur du travail de l'homme (M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957).

³⁶ J.-M. Lattes, *Les mutations du contrat de travail* in *Les Métamorphoses des actes juridiques*, Actes de l'IFR N°11, LGDJ/Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Mai 2011, pp.205 et s

favoriser, chez l'employeur, la décision de créer des emplois. Les règles impératives qui constituaient la force des grands textes sociaux sont peu à peu remplacées par des dispositifs « évitables », l'employeur se voyant offrir des alternatives et des choix dans la gestion du personnel de son entreprise.

On peut situer au début des années 1980 cette mutation fondamentale de notre réglementation sociale. En effet, si les lois Auroux constituent, dans leur mise en place, un corps de règles parfaitement inscrites dans la tradition juridique française antérieure, elles apparaissent aujourd'hui dans notre histoire sociale comme l'ultime aboutissement d'une logique révolue. Dans un contexte de crise où le chômage devient le problème majeur de nos sociétés, l'excès de règles protectrices est analysé comme constituant un facteur majeur dans la dégradation du marché du travail en décourageant les initiatives des entrepreneurs. La crainte de ne pouvoir assumer un recrutement et, surtout, de ne pouvoir alléger librement la masse salariale, semble participer au maintien d'une situation de sous emploi.

Pour les responsables politiques, la finalité de la norme sociale ne doit plus être de protéger le salarié mais, en priorité, de faciliter son employabilité par l'assouplissement des contraintes juridiques pesant sur l'employeur. Le mot « flexibilité »³⁷ s'inscrit peu à peu dans le langage social au point de devenir un critère majeur dans la mise en œuvre de mutations juridiques inscrites dans l'évolution de nos sociétés tenues de prendre en compte le poids de l'environnement international. Le rapport traditionnel de subordination caractérisant la relation de travail ne résiste pas à cette évolution, un droit de l'activité se substitue peu à peu à un droit protecteur des salariés³⁸.

Le mythe du contrat stable disparaît, les relations professionnelles devenant majoritairement précaires³⁹. Ce mouvement est amplifié par de nouveaux contrats, tous inscrits dans cette perspective de précarité, facilitant de plus en plus la liberté de gestion de l'employeur. Le droit de l'emploi participe directement à la « désinsertion professionnelle » de l'homme au travail. Le salarié n'intègre pas véritablement l'entreprise. Il n'en partage pas les valeurs et, de fait, il ne peut en comprendre des finalités dont il se sent exclu.

L'étude de l'évolution de la mesure du temps de travail confirme notre analyse⁴⁰. Les textes récents renforcent les capacités d'intervention des employeurs dans la recherche de l'amélioration de la rentabilité de la production de leur entreprise. Les cadres traditionnels de l'organisation du temps du travail (journée de 8 heures, semaine de 39 heures puis de 35 heures...) cèdent le pas à des horaires qualifiés de « dérogatoires ». De la modulation du temps de travail, on passe à son annualisation, le schéma classique de l'activité insérée dans un espace délimité et commun à tous étant désormais inscrit dans l'exception. La rémunération du salarié n'est pas épargnée par ce grand mouvement de flexibilité. Sans que l'on puisse considérer que les bases du droit social en général, le SMIC en particulier, ont subi le même sort que les textes relatifs au choix du type de contrat de travail ou que ceux permettant de déterminer le temps de travail, le problème du coût du travail n'en constitue pas moins une préoccupation majeure, les dirigeants d'entreprise n'hésitant plus à mettre le maintien des emplois dans la balance des négociations salariales.

Trois groupes de salariés se détachent de notre dispositif juridique : les salariés « stables » bénéficiant des dispositifs sociaux anciens, les salariés « précaires » inscrits dans des logiques flexibles et fragiles et les salariés « externalisés »⁴¹ ne bénéficiant plus des protections mises en place par notre dispositif social⁴². Le

³⁷ Ce terme n'est pas véritablement nouveau car Jean Carbonnier y fait déjà référence dans son ouvrage *Flexible Droit* (LGDJ, 1988). Il convient cependant de constater qu'à une flexibilité de protection, voire d'adaptation, succède ici une flexibilité de « dérégulation ».

³⁸ L'exemple des contrats à durée déterminée illustre particulièrement cette tendance. Alors que l'ordonnance Mauroy du 6 février 1982 s'efforce de limiter l'usage de ce type de contrats pour éviter le développement de l'emploi précaire, la loi du 25 Juillet 1985 et les textes qui suivent vont, au contraire, ouvrir le champ de leur utilisation. La nécessité de relancer le marché du travail s'impose face aux réflexions alarmistes relevant les conséquences dramatiques générées par la fragilité sociale dans laquelle se trouvent les titulaires de ce type de contrats.

³⁹ Rapport du ministère du Travail, *Évolution récente du travail précaire 1990-1991*, LGDJ, 1992.

⁴⁰ Ch. Gavini et J.-Y. Tollet, « La durée du travail, construction et déconstruction d'une norme », *Dr. Soc.* 1994, p. 365.

⁴¹ La loi Madelin du 11 février 1994 traduit cette donnée, l'objectif étant de sortir de l'application du Code du travail par la mise en place d'un statut d'indépendant lié à l'entreprise par des dispositifs purement économiques - F. Doroy, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. Soc.*, 1995, p. 638.

⁴² Les ravages de la précarité ne sont plus à démontrer. Le salarié perd ses repères, son rythme de travail ne correspond plus nécessairement à celui de son environnement social, l'intensité de son activité varie considérablement d'une semaine, voire d'une journée, à l'autre. Les récentes études sur la santé du salarié au travail confirment notre analyse en révélant l'évident parallélisme entre la dégradation des principes sociaux protecteurs et les pathologies subies > Association Santé et Médecine du travail, *Souffrances et précarités au travail. Parole de médecins du travail*, Paris, Syros, 1994.

droit du travail cède, comme au siècle dernier, à la domination des penseurs libéraux. L'échange « *rémunération contre travail* » n'est plus organisé autour du salarié mais correspond à une simple prise en compte de « *capacités ou de produits* »⁴³, le droit n'est plus qu'un moyen d'optimisation de cet échange.

B. La recherche de nouveaux équilibres.

Par opposition aux tendances qui précèdent, il est nécessaire de mettre en évidence l'orientation spécifique prise par le droit de la rupture de la relation de travail du fait de l'intervention de juges désormais placés au cœur de nouvelles problématiques sociales⁴⁴ en raison de leurs responsabilités dans le contrôle des licenciements économiques⁴⁵. Cette mutation apparaît comme directement liée à la mise en place d'un droit protégeant en priorité l'emploi. Le juge se voit attribuer une responsabilité de plus en plus importante par des textes réduisant, en la matière, l'autonomie de l'employeur⁴⁶.

Si le juge ne conteste que rarement la réalité du motif invoqué par l'employeur⁴⁷, celui-ci doit demeurer précis et sérieux. Les arrêts TRW Repas et Videocolor illustrent cette situation, la Cour de Cassation considérant qu'une « *réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ». Les difficultés économiques doivent s'apprécier au regard de l'activité du groupe auquel appartient l'entreprise où s'organise la suppression d'emploi⁴⁸. La Cour remet en cause la qualification économique invoquée en cas de « *simple ralentissement des ventes* »⁴⁹, de « *légère baisse d'activité* »⁵⁰, du « *coût élevé d'un salaire pourtant compatible avec la situation économique de l'entreprise* »⁵¹... Les juges n'hésitent plus à contrôler jusqu'à l'origine de certaines difficultés économiques pour remettre en cause le motif avancé par l'employeur⁵². Le motif économique est alors admis pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise⁵³ et non dans le simple but d'en augmenter les bénéfices⁵⁴.

Le contrôle de la procédure du licenciement économique peut sembler, *a priori*, détaché du contrôle du motif de la rupture. Les exigences nouvelles des juges sur ce terrain participent, en fait, très largement au contrôle du pouvoir de gestion de l'employeur. La loi du 27 janvier 1993 permet au juge d'étendre son intervention sur 2 domaines essentiels : l'obligation de reclassement et le devoir d'adaptation. L'arrêt Expovit illustre cette nouvelle donnée, la Cour affirmant que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »⁵⁵. Au-delà du contrôle, déjà envisagé, du motif du licenciement, c'est un véritable contrôle de l'attitude de l'employeur face à des difficultés économiques que développe le juge, le licenciement ne devant apparaître que comme une solution ultime⁵⁶. Les syndicats d'employeurs s'insurgent contre cette évolution en considérant que l'on retrouve dans l'entreprise⁵⁷ l'omniprésence d'un pouvoir judiciaire sans lien avec les réalités économiques. Les manifestations de ce pouvoir sont aisément mesurables dans la jurisprudence contemporaine : contrôle de la mesure même de

⁴³ D. Meda, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto-Aubier, 1995.

⁴⁴ J.-M. Lattes, « Pouvoir et juge », actes du colloque « Pouvoir et Employeur », Lirhe-Toulouse, Dalloz, 2000.

⁴⁵ J.-M. Lattes, « L'évolution du contrôle judiciaire de la décision de licenciement », actes du colloque « Décisions et Gestion », Presses de l'Université Toulouse 1, 1999, p. 405.

⁴⁶ À cet égard, la loi du 2 août 1989 permet de mesurer les conséquences d'une mutation légale sur le pouvoir judiciaire. Les précisions juridiques introduites par ce texte autour de la définition du licenciement économique permettent aux juges de mieux le contrôler. Il doit s'agir désormais : « *...d'un motif non inhérent à la personne du salarié, impliquant une suppression d'emploi, celle-ci pouvant être liée à une transformation d'emploi ou à la modification du contrat de travail* ». La jurisprudence des années 1990 entre alors en conflit direct avec le pouvoir de gestion de l'employeur.

⁴⁷ L'arrêt Reynolds du 8.02.2012 confirme l'impossibilité pour le salarié de contester la cause de la rupture (n°10-27174).

⁴⁸ Cass. Soc. du 5/04/1995, TRW Repa et Videocolor, *JCP*, ed. E, n° 709, *Dr. Soc.* 1995.488, *D.* 1995.503, note M. Keller.

⁴⁹ Précis Dalloz, *Droit du travail*, n°459.486.

⁵⁰ Cass. Soc. du 12/12/1991, SA SIC, *RJS* 2/92, n°134.

⁵¹ Cass. Soc. du 24/04/1990.

⁵² C'est le cas lorsque la Cour considère que l'employeur a organisé sa propre insolvabilité (Cass. Soc. du 9/10/1991, ADT c. Schuller, *Dr. Soc.* 1991.791) ou lorsqu'il crée artificiellement des difficultés financières (Cass. Soc. du 12/01/1994, *RJS*, n° 134, 1994, p. 110).

⁵³ Cass. Soc. du 30.09.1997, Soc. Unise de Rosières, *Dr. Soc.*, 1997.1098

⁵⁴ Cass. Soc. du 26/11/1996, Soc. MHL P, *RJS* 3/97 n° 266.

⁵⁵ Cass. Soc. du 25/02/1992 in *Bull. V* n° 212 ou A. Lyon-Caen, « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de Cassation », *S. Soc. Lamy*, n° 596.3, 1992.

⁵⁶ Cass. Soc. du 17/03/1999, Stenger et l'analyse de G. Couturier, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. Soc.*, 1999.497.

⁵⁷ F. Lemaître, « Les chefs d'entreprise s'inquiètent du rôle croissant des juges face aux plans sociaux », *Le Monde* du 19/11/1998.

la réalisation de l'obligation de reclassement⁵⁸ y compris dans la recherche de solutions diversifiées non prévues par l'employeur⁵⁹, vérification du respect de l'ordre des licenciements⁶⁰, contrôle de l'élaboration et du respect du plan social⁶¹ ...

C'est un véritable « *droit de l'alternative au licenciement* » qui se met en place, les juges ne faisant que s'inscrire dans une évolution juridique globale. La loi dite de « *modernisation du marché du travail* » du 27 Juin 2008 constitue, en la matière, un nouvel exemple de flexibilisation du droit du travail⁶². La loi crée, en effet, un nouveau mode de rupture du contrat de travail, la rupture conventionnelle, traduisant la recherche d'un point d'équilibre entre la gestion et la protection des salariés : « *la flexisécurité* »⁶³.

Conclusion

Le droit du travail est aujourd'hui placé au cœur de mutations qui participent à sa déconstruction même si l'intervention des juges permet, dans certains domaines, d'en limiter les effets. Le droit Européen aboutit, de son côté, à atténuer ces évolutions en introduisant de nouveaux modes de régulation. Alors qu'il est d'usage de constater, le plus souvent pour s'en plaindre, l'absence d'Europe sociale⁶⁴, la mise en place par l'Union Européenne de règles juridiques protectrices des salariés dans les dispositifs professionnels constitue une réalité dont il est possible de mesurer les premiers effets⁶⁵.

La réglementation du marché du travail a longtemps permis de protéger l'homme au travail. Placé dans un environnement juridique de qualité, le salarié pouvait trouver un véritable équilibre entre les contraintes professionnelles qu'il subissait et les avantages qu'il retirait de son travail. Le mal être au travail traduit la dégradation de conditions d'emploi dans lesquelles les contraintes économiques dominent à nouveau la création juridique malgré l'intervention correctrice des juges sociaux et l'émergence d'une Europe sociale en devenir.

⁵⁸ Cass. Soc. du 17/05/1995, *RJS* 6/95, n° 632.

⁵⁹ Cass. Soc. du 28/03/2000, *FRS* 14/00.14.

⁶⁰ Cass. Soc. du 14/01/1997, Soc. Parisienne de nettoyage, *Dr. Soc.* 1997.159, note A. Lyon-Caen. ; D. Jacotot, « Choix et respect des critères de l'ordre des licenciements », *D.* 1997.1994.677.

⁶¹ La jurisprudence est ici très importante et controversée. Citons cependant : Cass. Soc. du 13/02/1997, Grands magasins de la Samaritaine, *RJS* 3/97, n° 268 - Cass. Soc. du 10/06/1997, SA Vestra, *Dr. Soc.* 1997.980 - Cass. Soc. du 3/12/1996, Framatome, *RJS* 1.97, n° 23 - Cass. Soc. du 30/03/1999, Elefpa c. Berthelin, *AJS* 5/99 - Cass. Soc. du 18/03/1997, Dandy, *Dr. Soc.* 1997.540 - Cass. du 27/01/1994, Pomona, *Bull. V.*, n° 33 - Cass. Soc. du 1/03/2000, SA France Ceram, *RJS* 4/00 > P. de Caigny, « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure de licenciement », *Dr. Soc.* 1997.249.

⁶² Loi 2008-596 du 25-06-2008, *JO* 18 p. 9856.

⁶³ Ce terme apparaît comme une contraction entre flexibilité et sécurité. On utilise parfois la contraction « flexicurité ». Ce modèle, issu des pays de l'Europe du Nord, s'efforce de combiner la flexibilité de la gestion économique de l'entreprise avec la nécessaire protection des salariés.

Voir : C. Charpail et O. Marchand, « La flexisécurité en Europe » in *L'Emploi, nouveaux enjeux 2008, Insee Références*, p. 125 et s. – P. Morange, *La flexisécurité à la Française*, Rapport de l'Assemblée Nationale du 28 Avril 2010.

⁶⁴ Si le Traité de Rome du 25 mars 1957 est avant tout un texte à finalité économique, l'Acte unique de 1986 mais, surtout, le Traité de Maastricht de 1992 permettent l'introduction et le développement d'un véritable droit européen. > G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

⁶⁵ La formalisation du contrat de travail, les prémices de la mesure du temps de travail, la mise en place de règles contraignantes dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité, la prise en compte des mutations d'entreprise, l'organisation d'un embryon de représentation du personnel... stabilisent quelque peu un droit dont les orientations nationales amènent à s'interroger sur la finalité. > I. Desbarats, « À propos du Comité d'entreprise européen », *Les Petites Affiches* du 30/06/1995 - B. Teyssié, « Le comité d'entreprise européen : de la directive à la loi », *Semaine sociale Lamy* du 13/05/1996, n° 792, p. 2 - A. Supiot et alii, *Manifeste pour une Europe sociale*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996.