

**TENDANCES ACTUELLES DU DROIT SOCIAL**  
**Perspectives de recherche**

**Marthe Torre-Schaub**

Chargée de Recherches au CNRS  
UPRESA 8056 Centre de Recherches en droit privé  
Université de Paris I Panthéon- La Sorbonne

**Février 2001**

**Recherche réalisée avec le soutien de la**  
**Mission de recherche Droit et justice**

Je voudrais ici remercier tout ceux qui ont eu l'amabilité de m'accueillir et m'accorder leur temps, souvent précieux, par les conseils qui m'ont été donnés et les propositions et voies de réflexion qui m'ont été suggérées .

Aussi, je tiens à exprimer ma reconnaissance à M. Antoine Jeammaud professeur à l'Université de Lyon-2, à M. Philippe Auvergnon directeur de Centre de droit comparé du travail et de la sécurité social Comptrasec de l'Université Montesquieu- Bordeaux IV, à M. François Gaudu responsable du programme travail du Ministère de la Recherche, à Mme Dominique Méda directrice de la mission d'animation de la Recherche des études statistiques, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, à M. Alain Supiot professeur à l'Université de Nantes, à M. J-Y Kerbourg'ch maître de conférences à l'Université de Nantes et chargé de mission de l'animation de la Recherche des études statistiques au Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, à M. François Ballouhey, Président de la sixième chambre sociale de la Cour d'appel de Versailles et à M. Pierre Lyon-Caen, avocat général à la Cour de cassation.

Je voudrais enfin remercier Jean-Frédéric Schaub et Isabelle Zribi pour leur lecture attentive.

# **PLAN SOMMAIRE**

## **Introduction**

### **I. Grands thèmes**

- A. L'activité judiciaire
- B. Nouvelles formes de normativité
- C. Le contrat de travail
- D. Vie privée, vie professionnelle : évolution d'un concept
- E. Licenciement
- F. Le temps de travail
- G. La négociation collective

### **II. Nouvelles perspectives**

- A Relations individuelles
- B Relations collectives
- C. Le rôle et la place des juridictions judiciaires : évolution
- D. La législation sur le temps de travail : cheval de Troye ?
  - E. L'existence des nouveaux problèmes liés à la vie active
- F. Transformation du travail : travail des femmes et futur du droit du travail
- G. Emploi, activité et formation
  - E. L'avenir de la Sécurité sociale et la lutte contre la précarité
  - F. La nécessaire articulation du droit social avec d'autres droits

## **Conclusion**

## **Bibliographie**

## INTRODUCTION

Ce rapport livre un aperçu des grandes tendances du droit social français au travers notamment de l'évolution des catégories juridiques utilisées dans la pratique. Dégager les diverses orientations exploitées au cours des dernières années permet de percevoir l'état de la question en droit social et d'envisager des nouvelles voies de réflexion. Deux observations préliminaires concernant la méthode suivie s'imposent. Les sources consultées seront également présentées ce qui nous permettra, enfin, de décrire certaines difficultés rencontrées. Un certain nombre des traits caractérisant la situation actuelle doivent être soulignés.

Concernant la méthode, il convient en premier lieu de faire une remarque sur la forme. En effet, le droit social et le droit du travail seront parfois traités séparément mais le plus souvent ensemble dans la mesure où l'évolution subie par les deux domaines ces dernières années et l'étude prospective à laquelle on pourrait aboutir dans des recherches futures, avaient souvent des causes communes. Aussi, lorsqu'une différence de traitement s'impose-t-elle compte tenu de la diversité et richesse de la matière ainsi que de la complexité qui caractérise notamment le droit de la Sécurité sociale, la méthode adoptée consistera à annoncer l'étude séparée. Dans les autres cas, l'examen se fera de façon globale.

En outre, la spécificité de la matière a fait qu'il s'est avéré nécessaire d'étudier une pluralité des sources parmi lesquelles nous voudrions souligner, plus particulièrement, l'apport fait par des professionnels du droit du travail et du droit social qui nous ont éclairé de leurs différentes analyses.

Le droit social est devenu un droit extraordinairement complexe qui ne semble pas être accessible à l'usager moyen. Cette situation est paradoxale dans la mesure où le droit social est un droit de l'usager. La complexité des situations certes ne facilite pas la solution de ce problème mais la prolifération législative, d'autant plus complexe qu'elle se revêt des différentes alternatives politiques, ne permet pas la solution de ce paradoxe.

L'accès des représentants syndicaux à ce savoir et à la pratique spécifique que le droit social engendre n'est pas encore à la hauteur des difficultés décrites.

Les juges, ceux des Cours d'appel et notamment ceux de la Chambre sociale de la Cour de cassation, face à la masse incohérente des textes normatifs sont souvent contraints de rendre des décisions d'espèce. La construction d'un droit substantiel devient, dans cette situation, une tâche difficile. Pourtant la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est efforcée, depuis dix ans, de mettre de l'ordre pour dégager des lignes de force.

Notre regard s'est porté à la fois sur les grands thèmes qui émergent à partir de l'étude de l'évolution du droit social puis sur l'évolution doctrinale et la production d'une littérature spécifiquement attachée à cette matière. Cette étude montre d'une part que la mise en œuvre d'une législation ne coïncide pas toujours avec les résultats que cette législation était supposée atteindre. D'autre part, des questions nouvelles surgissent au sein de la doctrine qui supposent la remise en question d'une certaine rigueur normative. Enfin, des voies intermédiaires de règlements des conflits ou de négociation, voire de production des pratiques juridiques, ont fait leur apparition. Nous tenterons ici d'en exposer les grandes lignes.

La multiplicité des textes législatifs produits au cours de la dernière décennie et le renouvellement des problématiques qui s'adaptent aux changements sociaux et économiques ne s'accordent pas toujours de textes proposant des solutions heureuses. En outre, le projet de vie économique et sociale dessiné par le droit communautaire et dont la construction implique l'adaptation des perspectives normatives européennes au droit français, ne peut pas toujours se marier avec le droit français tel qu'il se présente actuellement. On constate, selon les cas, des phénomènes de rupture ou de transposition, aucune des deux options, ne bénéficiant du statut de l'évidence.

En outre, la multiplicité des organismes et centres consacrés à l'étude du droit du travail et du droit social, ne facilitent pas la recherche d'une vision unitaire et homogène des différents domaines.

Dans cette perspective, il convient de choisir une approche évolutive, constructive et néanmoins critique du droit social français actuel.

La diversification des formes juridiques d'emploi se présente comme un des traits majeurs des changements produits au sein du droit du travail. L'éclatement du modèle « légalo-réglementaire » du temps du travail devient également une des grandes orientations du droit social actuel. Il ne faut toutefois pas oublier les changements de la situation du salarié en matière de rémunérations, de lieux et de temps de travail, dus à l'évolution de la notion d'emploi et celle de l'organisation de la production.

Ces phénomènes imposent l'ouverture d'un débat autour duquel les différents professionnels du droit social puissent s'accorder. Ces perspectives se précisent dans le

traitement de certains grands thèmes qu'on retrouve sans cesse dans la production scientifique, judiciaire, ainsi que dans la pratique.

Ainsi, le contrat du travail doit occuper une place centrale dans les pages qui suivent car il constitue l'un des points « chauds » du droit du travail actuel. Diverses tensions voient le jour sur le rôle de la loi, celui des conventions collectives et sur la place du contrat dans la construction du droit du travail. Le rôle des juges et l'enjeu créé par les nouvelles législations sur l'organisation du temps du travail se trouvent au centre des discussions qui alimentent la doctrine. Enfin, l'opposition classique entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée peut se voir ébranlée par l'apparition des diverses figures hybrides.

L'évolution des thèmes des débats comme notamment le rapport entre la loi et la négociation-collective, dont les évolutions esquissées par le régime de la négociation collective méritent d'être également soulignées.

L'encadrement du licenciement fait également l'objet de discussion. D'une part l'évolution jurisprudentielle plus encore que l'évolution législative, constitue un objet de débat. D'autre part, la complexité de son régime témoigne de sa sophistication, ce qui vient renforcer la difficulté signalée tantôt sur la tendance du droit social à s'éloigner quelque peu de l'usager. Enfin, le renforcement des exigences de justification conforte la complexité de cette matière, si délicate à manier, tant la nécessité d'augmenter la sécurité juridique du régime par la multiplication d'exigences, en complique, paradoxalement l'accès pour ceux qui font l'objet de protection. En outre, cette manière « classique » de réduire les effectifs voit apparaître d'autres formes comme le recours à la prestation des services indépendants, le recours à la sous-entreprise de main d'œuvre, la mise à la retraite et les formules de préretraite qui témoignent toutes de la nécessité de travailler avec des nouvelles catégories plus flexibles.

Reste à souligner le fait que tout le droit social se trouve traversée par deux préoccupations socio-économiques majeures à l'heure actuelle : la lutte contre le chômage et la recherche d'efficacité économique afin de mieux participer au jeu de la concurrence dans le marché.

A partir de ces grandes lignes, il s'impose d'étudier un certain nombre des thèmes compte tenu de leur degré d'implication dans l'évolution du droit social (I). Certains sont cependant en constant mouvement, aussi convient-il de dégager des nouvelles tendances qui peuvent, les cas échéant, ouvrir le champ des recherches futures (II).

## I. GRANDS THEMES

Nombreux sujets ont pu être exploités tout le long des dernières années relevant tous, à des titres divers, d'un spécial intérêt. Il ne s'agit pas ici de rendre compte de la totalité de ces travaux dans la mesure où des savants commentaires ont pu déjà être faits<sup>1</sup>. Nous nous limiterons ici à exposer les grands thèmes qui à l'heure actuelle se trouvent en première ligne dans les discussions.

Un premier porte sur l'état de l'activité judiciaire et la présence d'un certain nombre des questions afférentes (A). Puis, on étudiera l'apparition de nouvelles formes de régulation particulières et non étatiques (B). L'analyse de l'évolution du contrat de travail permet, elle aussi, de rendre compte de changements dans le droit du travail (C). L'opposition vie privé, vie professionnelle est également un sujet d'actualité (D). En outre, l'étude du licenciement ouvre un champ d'observation qui concerne, non seulement, l'évolution des formalités de plus en plus exigeantes, mais aussi permet de rendre compte du débat sur les relations entre travailleur et employeur, plus particulièrement en ce qui concerne la notion de « pouvoir disciplinaire » et la dialectique des droits fondamentaux et des droits des travailleurs (E). Le temps de travail mérite sans doute que l'on s'arrête (F). Ce qui nous permettra, enfin, d'observer la question de la négociation collective (G).

---

<sup>1</sup> Rapport Boissonnat , « Le travail dans vingt ans », Paris, Odile Jacob 1997 ; Rapport Supiot éd, « Au-delà de l'emploi », Paris, Flammarion, 2000 ; DARES, « Le marché du travail en novembre 1999 », Premières informations et premières synthèses 2000, n° 1-2.

## **A. L'ACTIVITE JUDICIAIRE**

Les juges et la doctrine sont enclins à critiquer certains défauts du système judiciaire actuel, notamment d'une certaine lourdeur de la procédure (a). Il convient toutefois de souligner que l'oeuvre jurisprudentielle de la chambre sociale de la Cour de cassation demeure une pièce essentielle dans la création et l'évolution du droit social (b).

### **a) L'engorgement des juridictions judiciaires**

L'explosion de l'activité prudhommale entraîne l'augmentation d'un volume considérable des décisions prudhommales rendues en appel.

Depuis les années 1995, en effet, l'activité prudhommale est arrivée de façon massive devant les Cours d'appel. La conséquence immédiate de ce phénomène a été l'allongement des délais (naguère de quinze mois, actuellement de plus de vingt quatre mois). Les différentes tentatives de multiplication des Cours de prud'hommes et la création de postes dans ce domaine, ne suffisent pas à compenser l'augmentation du volume d'affaires à traiter.

On devrait ainsi s'interroger sur les causes de ce volume du contentieux. Les raisons sont variées, aussi convient-il d'en souligner les plus remarquables.

Les contentieux collectifs (grève, licenciement collectif) traités en première instance par les Tribunaux de Grande Instance passent ensuite en appel devant les Cours d'appel en formation ordinaire. Aussi, le nombre des contentieux d'ordre collectif varie de cinq à quinze mille par an tandis que les contentieux provenant des prud'hommes oscillent entre quatre vingt mille et quatre vingt dix mille par an.

Les contentieux provenant des prud'hommes ont pour origine notamment les licenciements dont le taux d'appel est très élevé, et les questions salariales dont le nombre d'appels est plus faible. En effet, s'agissant des premiers, les conséquences des licenciements sont plus lourdes que dans les cas de perte de salaires, le taux d'appel est plus élevé. Ainsi, dans les cas des licenciements dérivés du pouvoir disciplinaire de l'employeur, les sommes obtenues comme indemnité sont assez importantes. En outre, dans les cas de licenciements, les modalités de paiement sont plus difficiles car il n'y a pas lieu à exécution provisoire et les paiements sont différés. Dans les contentieux portant sur le rappel des salaires, moins

nombreux, les causes d'appel varient mais tiennent notamment au fait que la procédure est souvent plus difficile et les usagers ne possèdent pas une formation suffisante.

La question de l'insuffisante formation des usagers et surtout des représentants des salariés est une constante qu'on va retrouver tout au long de cette étude. Aussi conviendra-t-il d'en parler de façon plus approfondie ultérieurement.

Si les tribunaux et les Cours d'appel semblent se plaindre d'un certain alourdissement de la procédure et du contentieux social, il n'en demeure pas moins que les magistrats sont optimistes quant au travail accompli par les juridictions judiciaires au niveau du droit social. Mais c'est surtout la Cour de cassation qui a accompli, nous le verrons, une oeuvre importante de création jurisprudentielle tout en faisant avancer les choses notamment par sa capacité d'expression dans son rapport annuel.

## **b) Le travail de la Cour de cassation**

Ils sont nombreux à convenir, que la chambre sociale de la Cour de cassation a accompli, depuis plusieurs années, un remarquable travail de création du droit social<sup>2</sup>. Elle a d'une part proposé un certain nombre des réformes et, d'autre part, elle a contribué à impulser une évolution jurisprudentielle adaptant par là le droit social à la pratique quotidienne.

Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation a effectué un travail non négligeable en cherchant à trouver la véritable nature du contrat de travail, essayant de la sorte de mieux répondre aux problématiques dues aux changements dans les conditions de travail, horaires et temps de travail, adaptation des salariés etc. Cette recherche ayant pour toile de fond la protection du salarié.

La Cour signale par exemple à propos des contrats à durée déterminée quelles sont les irrégularités qui peuvent l'annuler. On doit faire figurer parmi celles qui semblent l'emporter : l'absence d'écrit, à défaut duquel le contrat devient un contrat à durée indéterminée, puis l'absence d'indication de motif ou d'activité normale et permanente, l'absence des mentions obligatoires (le nom, la qualification du salarié remplacé, ainsi que les sanctions pour le non respect des conditions de fond). La Cour exprime par là une volonté de contrôle rigoureuse et regrette que le législateur n'ait pas prévu que le salarié puisse demander, par une action spécifique et rapide, la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier.

---

<sup>2</sup> C'est ainsi que s'exprime M. Ballouhey, magistrat de la Cour d'appel de Versailles et M. P. Lyon-Caen avocat général à la Cour de cassation.

S'agissant de la fin des relations de travail et plus concrètement le droit du licenciement, la Cour de cassation a pu suggérer dans son rapport pour 1997 un certain nombre des modifications dont l'indemnisation de l'irrégularité de la procédure de licenciement et la révision des certains textes sur le licenciement économique doivent être signalées.

Ces demandes sont réitérées l'année suivante, lorsqu'en 1998 la Cour de cassation suggère à nouveau que soit modifiée la sanction des vices de la procédure de licenciement et en particulier le régime de l'indemnisation des articles L 122.14.4 et L 122.14.5 qui semble trop complexe et injuste.

Aussi, en matière de responsabilité de l'employeur, la Cour de cassation propose la responsabilité pénale de celui-ci et l'indemnisation du risque professionnel.

A côté de cette attitude critique qui apparaît dans les différents rapports de la Cour, on voit aussi un travail jurisprudentiel que nous retrouverons tout au long de ces pages.

Si la jurisprudence a fait son travail par l'interprétation de la loi, d'autres sources de droit du travail peuvent apparaître, à côté des sources traditionnelles, qu'il convient de souligner.

## **B. NOUVELLES FORMES DE REGULATION**

L'apparition des nouvelles formes normatives à l'intérieur du droit social accentue la complexité de la matière. Elle est liée à deux phénomènes : d'une part l'influence croissante des intérêts privés des entreprises dans la production du droit ou des normes « parajuridiques » et, d'autre part, de l'affaiblissement de l'État. Ces évolutions favorisent la recherche des nouveaux paradigmes en droit social. Ceci manifeste l'extraordinaire capacité d'adaptation du droit social aux exigences des entreprises.

On doit ainsi signaler l'existence de normes internationales unilatérales produites par les entreprises. Il s'agit des « codes de conduite », (des normes AFNOR par exemple) de normes qui revêtent le caractère des règles discutées et négociées à la demande des entreprises ou d'un secteur déterminé. Elles possèdent également valeur normative et pouvoir de contrainte. Elles sont parfois reconnues par des structures syndicales et quelquefois seulement par les entreprises.

S'agissant du premier cas de figure, ces normes revêtent un caractère négocié d'autant plus qu'elles sont légitimées par les différents partenaires sociaux.

Ces règles concernent notamment la réglementation de certaines valeurs commerciales, la régulation du travail des enfants, le constat et la recherche de solutions sur diverses discriminations, ainsi que les comportements à l'égard des personnes du point de vue des conditions du travail ou encore les droits fondamentaux des travailleurs.

On peut citer, à titre d'exemple, les accords signés par l'entreprise Thomson qui revêtent la forme de codes de conduite négociés. Il s'agit des normes imposées aux entreprises sous-traitantes. On peut également signaler les normes établies par l'entreprise C&A avec ses sous-traitants des pays émergents afin de mieux se protéger et de protéger leur clientèle, le consommateur et leur marché.

Ces nouvelles formes témoignent-elles d'une crise de l'Etat législatif face aux contraintes du marché et de l'évolution du droit social ? La question mérite d'être posée. Mais on ne pourra y répondre qu'après examen plus profond d'autres transformations du droit social comme celles qui se rattachent aux conditions de travail et au contrat de travail.

## **C. LE CONTRAT DE TRAVAIL**

Le contrat du travail<sup>3</sup> occupe aujourd'hui une place privilégiée dans le droit du travail. Ph. Waquet parle à ce propos d'un « renouveau du contrat de travail »<sup>4</sup>. On souligne cependant le paradoxe de cette émergence puisque la négociation collective et d'autres modalités de création normative et de régulation des conflits se superposent au point qu'on serait parfois tentés de parler d'une franche opposition entre les deux dynamiques. Pourtant, la place laissée à la volonté des parties est essentielle dans certains cas pour qualifier la relation de travail et pour établir un équilibre entre les deux parties. Cet équilibre est d'ailleurs, souvent difficile à atteindre compte tenu de la nature particulière de la relation de travail. Souligner l'importance pour les juges de la volonté individuelle et en somme du contrat de

---

<sup>3</sup> P-H Antonmattei, « Les éléments du contrat de travail », Dr soc 1999, p. 330

G. Couturier, « pot pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr Soc 1998, p. 878

P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p.389

Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr Soc 1999, p. 566 ; « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791

M. Morand, « Autour des conditions du travail », JCP éd E, 1999, p. 1620

travail, s'inscrit par conséquent dans un mouvement de résurgence des mécanismes de droit civil que, somme toute, se trouvent souvent à l'origine des rapports du travail et interdisent de négliger les principes de base de tout engagement entre parties : l'égalité, la justice et l'équilibre. La Cour de cassation a toujours tenu compte du principe de la pluralité des sources en droit social et en droit du travail. Ce principe ne peut d'ailleurs être compris que si on affirme également celui de l'autonomie des sources, dont le contrat, n'ayant pas vocation à reprendre la place de la loi, occuperait une aire autonome à lui seul.

Alors que le droit de la négociation collective acquiert les dimensions d'une discipline autonome et que l'accord collectif, nous le verrons, constitue le moyen privilégié de résoudre un certain nombre des problèmes, le contrat de travail demeure un élément dont l'importance ne doit d'aucune façon être ignorée ou négligée.

La problématique actuelle concernant le contrat semble se poser dans ces termes :

Depuis 1996, la Cour de cassation a accompli un important travail de clarification du domaine et de la nature du contrat de travail. Par touches successives et avec une autorité croissante elle affine sa jurisprudence sur la modification du contrat de travail et restitue au contrat sa force obligatoire. En somme il s'agit de savoir si en vertu de ces changements le juge doit considérer qu'il a affectation au « socle » du contrat ou s'il s'agit de modifications relevant du pouvoir de direction de l'employeur, n'affectant pas le contrat de travail.

Le retour en force du contrat de travail est affirmée par plusieurs points, dont deux méritent d'être particulièrement soulignées :

Le contrat de travail est mobilisé à propos de l'exécution ou inexécution des obligations contractuelles. Dans ce contexte, la dialectique entretenue avec le licenciement ou la rupture du contrat pour modifications substantielles ou non substantielles mérite d'être examinée (a). Il convient d'étudier également la détermination de la sphère contractuelle : de ce qui fait ou non partie de la relation de travail (b). L'évolution des rapports entre vie privée et contrat de travail mérite, elle aussi, un examen (c).

---

<sup>4</sup> Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », RJS, n° 5, 1999, p. 383-394.

## **a) Modifications contractuelles, pouvoir de l'employeur, volonté du travailleur**

Parmi les modifications possibles, il conviendra de voir celles qui ne constituent pas la base d'une rupture unilatérale de contrat pour modification substantielle et celles qui ne relèvent pas de cette qualification.

### **a.1) Modifications non substantielles : rôle des juges et pouvoir de l'employeur**

Dans la première catégorie on peut trouver essentiellement celles qui sont considérées comme relevant du pouvoir de direction de l'employeur et par conséquent échappent, après un contrôle des juges, à la qualification de modification substantielle, celles qui permettent la résiliation du contrat. Ainsi un changement de bureau pour l'employé n'a pas été considéré récemment par la Cour de cassation comme une modification substantielle du contrat<sup>5</sup>.

On voit bien, en somme, que ce qui dirige l'appréciation de la modification substantielle ou non substantielle par les juges coïncide bien avec le principe du lien de subordination, base du droit du travail et de la Sécurité sociale et socle du pouvoir de direction de l'employeur.

Il existe nonobstant des conditions qui ne peuvent être modifiées unilatéralement, ce qui les exclut du champ de la volonté de l'employeur et par là même de toute modification unilatérale. Elles relèvent de ce qu'on appelle les modifications substantielles du contrat de travail. C'est ici encore que le travail des juges est essentiel.

### **a.2) Modifications pouvant être considérées substantielles. La distinction du domaine contractuel et du pouvoir de direction de l'employeur**

On doit signaler deux éléments pouvant faire l'objet de discussion lors de leur modification et dont le travail jurisprudentiel accompli mérite d'être souligné. Il s'agit de la rémunération et du travail.

La rémunération apparaît dans les décisions judiciaires comme un élément nécessaire du contrat de travail et elle est par là même élevée au rang de principe substantiel du contrat.

Ce caractère fait que le contrat ne pourra être modifié sur ce point que par les deux parties en commun accord. A défaut d'avoir été fixé par les parties, il pourra toujours être déterminé par la loi, par la convention collective ou même par les juges. D'ailleurs la rémunération peut cependant se voir diluée par d'autres formes de compensation dans les rapports de travail. Ou plus exactement, l'émergence des nouvelles formes de travail pouvant être qualifiées d' « activité » de façon plus heureuse, n'impliquerait pas forcément une rémunération. Le travail bénévole, ou les périodes de non emploi quoique non considérées inactives, pourraient venir se joindre à la relation traditionnelle caractérisée par l'existence d'un contrat de travail classique. Cette nouvelle flexibilité, qui sera examinée ultérieurement, ouvre des nouvelles perspectives qui relativisent quelque peu l'existence de la rémunération comme condition essentielle du contrat de travail.

La rémunération est toutefois et par règle générale, rappelle la Cour de cassation, un élément essentiellement contractuel<sup>6</sup>. Aussi, la chambre sociale de la Cour de cassation, inaugurant par là un contrôle, a posé des règles strictes concernant les modifications ayant trait à la rémunération. De ce fait, la structure même du salaire -rémunération fixe, rémunération proportionnelle, taux des commissions-, ne peut pas être modifiée unilatéralement, même si l'employeur prétend que le nouveau mode de rémunération serait le plus avantageux<sup>7</sup>.

La Cour, on le voit, tente de bien cerner les conditions de modification afin de mieux protéger le salarié.

La modification de la détermination du travail dans le contrat a également fait l'objet de plusieurs études.

Le travail défini au contrat de travail et qualifié comme tel est celui que le salarié considère comme sien. Une modification de cette définition qui de plus pourrait entraîner un changement de qualification est considérée par les juges comme une modification substantielle du contrat de travail. Le salarié serait ainsi en droit de refuser et le pouvoir de direction de l'employeur se trouverait ici limité<sup>8</sup>. Il s'agit toutefois pour les juges et plus particulièrement pour la Cour de cassation, de trouver un équilibre entre celles des modifications qui pourraient être considérées comme substantielles et celles qui ne le sont

---

<sup>5</sup> Soc, 17 févr 1999, Monanges, n° 899 D.

<sup>6</sup> G. Couturier, « La rémunération élément du contrat de travail », Dr Soc, 1998, p. 523.

<sup>7</sup> Soc, 28 janv 1998, Bull civ V, n° 40, RJS, n° 3, 1998, n° 274.

pas. En effet, le moindre changement de fonction, ne peut pas être assimilé à une modification du contrat. La difficulté réside donc dans le rôle que les juges doivent assumer comme interprètes, comme modérateurs et comme arbitres de certaines situations.

Par ailleurs, la définition de travail et les modifications y afférentes peuvent venir également du lieu où il s'exerce, du temps et de la durée du travail. Autant les modifications concernant le lieu tiennent en grande partie à ce qui a été stipulé par les parties lors de la signature du contrat, les modifications concernant le temps de travail revêtent un intérêt particulier.

En effet, le lieu géographique du travail reste également une affaire de modération et d'interprétation des juges. Le travail de la chambre sociale dans ce sens a été et demeure une tâche importante dans la recherche du juste équilibre dans la relation de travail<sup>9</sup>.

En ce qui concerne les modifications qui tiennent au temps du travail, le débat est vif et après les lois sur le temps de travail, le travail juridique de mise en place d'un nouvel ordre reste à faire. Dans cette labeur, le contrat de travail semble perdre un peu de substance et les conventions collectives sont le nouvel instrument de mise en place du nouveau régime des modifications. La priorité, bien qu'étant toujours la volonté des parties, se voit partagée par la volonté collective.

En outre, la notion de temps effectif de travail se trouve elle-même en plein chantier. Pour ces raisons il convient de traiter cette question à part. Toutefois, certains points méritent d'être ici examinés.

Il en va ainsi de la distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail<sup>10</sup>. Dans ce sens, le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition du temps de travail au sein de la journée, alors que la durée de travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et il ne s'agit pas d'une modification du contrat de travail.

Ainsi la question particulièrement sensible de l'horaire du travail se trouve, en effet, à la frontière de la distinction fondamentale entre modification et changement des conditions de travail. Il ne s'agit pas d'un « bouleversement d'horaires » mais d'un simple réaménagement. Autrement dit, il est seulement question d'une modification relevant du pouvoir de direction

---

<sup>8</sup> Soc, 19 mai 1998, n° 2442 ; Soc 26 mai 1998, n° 2609 D ; Soc 25 nov 1999, n° 25 D ; Soc 25 nov 1998, n° 4899 D ; Soc 16 déc 1998, n° 5330 P B, RJS, n° 2, 1999, n° 154.

<sup>9</sup> Soc, 12 janv 1999, n° 162 P, RJS, n° 2, 1999, n° 151 ; Soc, 20 oct 1998, n° 4189 P, RJS, n° 2, 1999, n° 307.

<sup>10</sup> Soc 22 févr 2000, note D. Corrigan-Carsin.

de l'employeur. Une question vient cependant se poser : pour se prémunir contre d'éventuels conflits, un employeur peut-il contractualiser l'aménagement des horaires de travail ? C'est-à-dire, insérer dans le contrat une clause lui permettant de modifier la répartition de l'horaire de travail ?

Alors que la mobilité géographique peut être envisagée, rien n'existe quant aux aménagements d'horaires. De plus, la contractualisation ne permet pas tout. Par exemple convertir un emploi à plein temps en mi-temps ne peut être fait sans l'accord du salarié<sup>11</sup>. Le pouvoir de l'employeur est donc limité. Il conviendrait ainsi de citer la directive Communautaire du 14 octobre 1991 sur la formalisation des relations de travail<sup>12</sup> qui semble aller dans le même sens. Il convient donc de faire la différence entre une modification et un véritable bouleversement qui entraîne changement des conditions de travail.

Qu'en est-il avec la loi sur les 35 heures ?

L'article 30 de la loi (nouveau art L 212-3) explique que la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat. Par conséquent et suivant ce raisonnement, un simple aménagement d'horaires non plus.

La circulaire du 3 mars 2000<sup>13</sup>, relative à la solution négociée du temps de travail, explique, pour sa part, que si du fait de la réduction du nombre d'heures stipulé au contrat, l'horaire de travail se trouve profondément modifié (passage à un travail en équipes par exemple), le salarié est en droit de considérer que son contrat est modifié et refuser ainsi la modification.

Cela dit, la modification de l'article 212-3 ne peut servir lorsqu'elle est décidée par le seul employeur sans accord collectif. Ceci est contestable car lorsque il n'existe pas d'accord collectif ou qu'il n'y a pas de délégué syndical, qu'en est-il ? La Cour de cassation devra s'exprimer, à l'avenir, sur cette question.

Si la construction d'un régime de modification du contrat de travail se poursuit avec constance, restent des zones d'ombre<sup>14</sup>. Alors que certaines décisions judiciaires semblent

---

<sup>11</sup> Soc 29 juin 1999, Bull V, n° 306

<sup>12</sup> N° 91/533/CEE, 14 oct 1991, JOCE n° L 288, 18 oct 1991, p. 32 à 35, JCP 1991, III, 65122

<sup>13</sup> cir MES/CAB/ 2000 003, 3 mars 2000

<sup>14</sup> On devrait ainsi pouvoir citer un certain nombre des décisions à l'appui : Cour d'appel de Versailles, 11 déc 1997, RJS 3/98, n° 1173 ; Cour d'appel de Paris, 2 juin 1999, JCP E 2000, p 160 qui affirme que constitue une modification du contrat le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour accompagné de la perte corrélatrice d'une prime mensuelle ; Soc 19 février 1997, Bull V, n° 74, JCP 1997, IV, 812, disant que lorsqu'il y a imposition de travail de nuit, il y a modification du contrat ; Soc 10 mai 1999, Bull V, n° 205, lorsque il y a une réorganisation complète de la répartition du travail dans la semaine il y a modification que les salariés sont en droit de refuser.

indiquer que la Cour entend donner quelques pouvoirs à l'employeur dans cette matière afin de mieux répondre, entre autres, aux exigences de l'entreprise, sa marge est encore étroite. Cela dit, il semble que la loi sur les 35 heures marque un « bel avenir judiciaire » à son application.

On devrait ainsi conclure sur le fait que l'importance du contrat du travail dans le droit social actuel, toujours soulignée par la doctrine, ne peut pas être séparée du rôle des juges dans l'application et la création du droit.

## **b) Détermination de la sphère contractuelle**

Il faut préciser ce qui appartient à la relation contractuelle, décider de ce qui relève du contrat de travail et, par conséquent, de la détermination du pouvoir de l'employeur et de la sphère de l'autonomie du travailleur. De plus, dessiner la sphère contractuelle permet de mieux souligner les changements radicaux intervenus du point de vue du respect de certains droits du travailleur : la vie privée, la liberté d'expression, le droit à la sécurité et à la santé dans le travail etc. Enfin, la détermination du contour du contrat facilite ou empêche l'apparition de nouveaux modes de subordination, plus sophistiqués et parfois plus pernicious, pour le travailleur. On voit ainsi revenir en force le pouvoir de l'employeur.

1) On doit en premier lieu faire état des réflexions les plus récentes concernant l'interprétation des contrats par les juges. Tenant compte du principe classique selon lequel, en cas de doute, il convient de prendre la décision la plus favorable au travailleur, il appartient, en effet, aux juges du fond, d'interpréter les clauses contractuelles compte tenu du pouvoir souverain qui leur est accordé. Aussi, la difficulté survient-elle lors de la cassation, dans la mesure où la Cour ne peut, en aucun cas, trancher une question de droit. Le rôle d'interprétation revient ainsi exclusivement aux juges du fond. C'est pourquoi, et ceci rejoint notre premier point<sup>15</sup>, les juges souffrent d'un certain encombrement dans les voies judiciaires, ce qui ne favorise nullement la célérité et l'accès à la justice, notamment en ce qui concerne les rapports individuels de travail dont le contrat est l'instrument essentiel.

---

<sup>15</sup> Voir *supra* cette partie point A sur l'activité judiciaire, § a).

2) Deuxièmement, on doit signaler la ferme volonté de la chambre sociale de la Cour de cassation de ne pas admettre des stipulations contractuelles, trop générales ou imprécises, qui permettraient d'apporter des restrictions abusives à la liberté individuelle du salarié<sup>16</sup>.

L'insertion par certains employeurs de clauses qui leur permettent de modifier unilatéralement le régime du travail rend problématique la distinction de ce qui appartient à la sphère du travail et ce qui appartient à la sphère personnelle du travailleur, doit être souligné. C'est pourquoi, le travail de la chambre sociale est devenu souvent délicat car elle doit encadrer de façon stricte le pouvoir de l'employeur, la sphère contractuelle et le domaine personnel du salarié. La tendance dominante demeure un examen rigoureux des modifications unilatérales des contrats ou de l'extension abusive du rapport contractuel. Cependant il n'est pas visé pour la Cour de définir et de séparer les domaines différents compte tenu de l'apparition des nouveaux rapports de travail (travail à distance, travail à domicile, techniques de communication sophistiquée, sous-traitances diverses, temps partiels etc.).

Toutefois, après l'arrêt Raquin<sup>17</sup>, une procédure spéciale de proposition de modification du contrat de travail a été instituée par la loi du 20 décembre 1993 (article L 321-1-2 du Code du travail) en ce qui concerne les causes économiques (notamment modifications des salaires). Cette disposition légale entérine la jurisprudence Raquin selon laquelle l'employeur ne peut modifier le contrat qu'en le proposant et ce en respectant des critères précis. En ce qui concerne les causes personnelles, aucune procédure légale n'est prévue mais la Cour de cassation fait respecter les garanties conventionnelles qui sont souvent exigées par les conventions et accords collectifs (information suffisante, respect des délais etc.). En outre, lorsque une modification est imposée par l'employeur, le salarié peut toujours avoir recours à l'article 1184 du Code civil sur l'exécution du contrat.

Mais il convient surtout de rendre compte du droit du salarié à refuser de telles modifications. Ce droit constitue un point fort de l'actuel droit social en sorte qu'on pourrait ajouter désormais ce droit aux autres droits du salarié, ce qui n'était pas le cas il y a encore quelques années. Aussi, doit-on citer parmi les refus possibles, celui de la mutation du salarié. La nouveauté vient de l'élargissement jurisprudentiel récent des modifications ayant comme origine un motif disciplinaire et le droit de refuser une rétrogradation.

Cela dit, il s'agit certes d'une bataille gagnée par le salarié, mais elle n'en constitue pas moins une victoire viciée par la force toujours présente du pouvoir de l'employeur.

---

<sup>16</sup> Soc, 9 juin 1998, Bull civ V, n° 315.

<sup>17</sup> Soc, 8 oct 1987, Bull civ, V, n° 541.

3) Un débat se fait jour au sein de la jurisprudence et de la doctrine sur la tension qui se noue entre le droit au refus des modifications et le pouvoir de licencier que l'employeur détient toujours.

L'arrêt de la chambre sociale « Hôtel Le Berry » du 16 juin 1998 pose le problème avec une grande acuité<sup>18</sup>. Dans cet arrêt, les juges se prononcent en admettant le fait que l'employeur ne peut imposer une modification du contrat à titre de sanction disciplinaire, mais ils confient à l'employeur le pouvoir de licencier, comme mesure de sanction, en lieu et place de la sanction refusée.

Cependant, les juges et la doctrine arrivent à résoudre ce paradoxe par un raisonnement qui tout en étant cohérent n'en est pas moins curieux. Ainsi, puisque le refus est un droit pour le salarié, il ne peut pas constituer la cause du licenciement. Il faudra ainsi que l'employeur trouve une cause « juridique » pour justifier le licenciement, par là, le pouvoir disciplinaire de l'employeur revient en force. A dire vrai, et malgré les quelques retouches que la jurisprudence a su donner au droit du contrat depuis deux ans, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est toujours la clé de voûte du droit du travail.

On peut toutefois conclure cette question sur une note optimiste et souligner les vertus de l'évolution du contrat du travail au bénéfice du salarié. On constate que le renouveau du contrat du travail a notablement servi à assouplir la relation du travail en tenant compte des nécessités individuelles souvent oubliées par les conventions collectives. Enfin, le contrat de travail impose des obligations aux deux parties ce qui ne cesse pas d'être bénéfique pour l'évolution du droit du travail lui-même.

Si les salariés ont fini par trouver des solutions satisfaisantes s'agissant de la modification du contrat de travail et de la sphère contractuelle, la détermination de ce qui relève réellement de la vie professionnelle et de ce qui en est exclu demeure parfois obscur. Il faut ainsi examiner la place qui revient à la vie privée du salarié dans l'accomplissement de son contrat de travail.

---

<sup>18</sup> Soc 16 juin 1998, RJS, n° 7, 1998, n° 858.

### **c) Vie privée et contrat de travail**

Depuis plus de dix d'ans, le législateur et la jurisprudence sont intervenus pour marquer la frontière entre le travail et la vie personnelle du salarié. Car si les employeurs tâchent de fidéliser et de rendre plus efficaces leurs salariés en leur accordant un certain nombre d'avantages « paraprofessionnels », en relevant de la sphère privée, les salariés peuvent considérer qu'il s'agit là d'une intrusion dans leur vie.

Le législateur est intervenu dans ce sens dans plusieurs textes essentiels<sup>19</sup>. D'abord, par la loi du 4 août 1982 en instituant l'article L 122-35 du Code du travail qui précise que le règlement intérieur de l'entreprise ne peut « apporter aux droits des personnes et des libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Le même texte comprend également l'article L 122-45 qui précise qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses origines, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation familiale, de son appartenance à une ethnie, à une nation, à une race, de ses opinions politiques etc.

La loi du 31 décembre 1992 a également ajouté l'article L 120-2 au Code de travail aux termes duquel « nul ne peut apporter 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 ».

Cela dit, le concept de « vie personnelle » a été dégagé depuis 1994. Auparavant c'était le concept de « vie privée » qui primait. La notion de vie personnelle recouvre un plus grand nombre des situations. Il convient ainsi de signaler une évolution jurisprudentielle dans la matière. Ce point fera l'objet d'une étude plus approfondie dans les pages qui suivent

### **D. VIE PRIVEE, VIE PROFESSIONNELLE : EVOLUTION D'UN CONCEPT**

Cette question mérite un traitement à part. Elle doit être distinguée de celle du contrat du travail qui renvoi au pouvoir de l'employeur et au licenciement bien que des nombreux points de connexion existent entre eux.

---

<sup>19</sup> Etude de M. Jean Richard de la Tour, Rapport de la Cour de cassation 1999, La Documentation française 1999.

La Cour de cassation a, en effet, été conduite à se prononcer sur les licenciements pour « perte de confiance » dans la personne du salarié, ce qui pouvait glisser assez rapidement sur la vie privée de l'employeur (ses croyances, son mode de vie, ses choix personnels, etc.). Depuis une dizaine d'années, la chambre sociale exige que les licenciements ayant pour origine une cause personnelle reposent sur des faits objectifs. La chambre sociale a essayé par là, d'une part, de marquer des frontières entre la vie privée et la vie professionnelle du salarié (a) et, d'autre part, de trouver des solutions et d'arbitrer des conflits lorsque cette frontière s'opposait au pouvoir de l'employeur (b).

### **a) Les frontières entre la vie personnelle et la vie professionnelle**

La Cour de cassation s'est efforcée de trouver des limites entre les deux, elle a cependant été forcée de reconnaître parfois des « places » partagées. L'existence de ces interactions montre combien il est difficile d'établir des frontières bien définies.

La Cour établit d'emblée une règle selon laquelle ce qui relève de la vie personnelle ne peut pas constituer une faute susceptible d'être cause de licenciement objective et sérieuse.

Ainsi, les faits qui ne relèvent pas d'un manquement d'obligations du contrat de travail ou qui n'ont pas un lien avec ce dernier ne sont pas considérés comme faisant partie de la sphère professionnelle<sup>20</sup>. En revanche, certains actes peuvent avoir un rapport avec la vie professionnelle tout en empiétant sur la sphère personnelle. C'est le cas de l'obligation de loyauté et des troubles caractérisés apportés à l'entreprise.

Reste, enfin, à signaler les cas où la vie personnelle du salarié, dans le cadre professionnel, peut être respectée et les cas où, au contraire, le lien de subordination l'emporte.

La jurisprudence de la Cour distingue les entreprises « dites « ordinaires » et les entreprises « de tendance ». S'agissant des entreprises ordinaires le règlement intérieur ne peut porter atteinte aux libertés individuelles. Cela dit, lorsque le port d'un uniforme, blouse ou tenue adéquate de travail s'impose pour les nécessités de la tâche à accomplir, le lien de subordination prévaut.

En ce qui concerne les entreprises « de tendance », c'est-à-dire celles où une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée, le problème devient délicat car l'objet essentiel de l'entreprise consiste à défendre cet objet.

La jurisprudence de la Cour a évolué sur ce point. Ainsi, dans l'affaire Roy où une enseignante d'un établissement scolaire de confession catholique avait été licenciée en raison de son remariage après un divorce, la Cour, par un arrêt de l'Assemblée Plénière décide que la conviction religieuse de la salariée avait été prise en compte au moment de la signature du contrat de travail et qu'elle faisait par conséquent partie de l'objet du contrat et de l'objet de l'établissement<sup>21</sup>.

Cette jurisprudence est confirmée dans un arrêt du 20 novembre 1986. Elle est toutefois nuancée dès lors que la Cour reconnaît que les entreprises « de tendance » doivent exiger les mêmes obligations aux salariés que les entreprises ordinaires, en exigeant un trouble objectif et l'application du principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité trace donc des limites entre la vie professionnelle et la vie personnelle<sup>22</sup>. L'article L 120-2 du Code du travail, introduit par la loi du 31 décembre 1992 sur la protection des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives, affirme que les juges pourront exercer le contrôle de proportionnalité entre le but recherché et la tâche à accomplir. Cet article, en fin de compte, prétend tisser un critère sûr et objectif.

L'étude de ces questions nous conduit à examiner la fin des relations de travail. Le licenciement présente une évolution qui mérite d'être exposée.

## **E. LE LICENCIEMENT**

Le travail jurisprudentiel et la loi ont rendu le licenciement extraordinairement complexe. D'une part, le licenciement semble souvent s'allier aux questions d'emploi et plus particulièrement de précarité de l'emploi (a). D'autre part, on doit signaler plusieurs questions concernant l'évolution du droit du licenciement (b). Nous pourrions enfin nous demander si certaines modifications ne pourraient intervenir (c).

---

<sup>20</sup> Soc, 15 juin 1999, Bull, n° 279 ; Soc, 16 juin 1998, Bull, n° 323.

<sup>21</sup> Plén 17 oct 1975.

<sup>22</sup> Soc, 12 janvier 1999, Bull, n° 7.

## **a) Licenciement et emploi**

La corrélation que d'aucuns jugent certaine entre souplesse de licenciement et augmentation de l'emploi n'est pas vérifiée. En France, même si l'autorisation administrative préalable de licenciement n'est plus nécessaire depuis 1986, il est toujours obligatoire de consulter les représentants des salariés. De plus, tout travailleur licencié pour des raisons économiques doit se voir proposer une reconversion censée l'aider à trouver un nouvel emploi. En cas des licenciements massifs, un plan social comportant des alternatives au licenciement ou la création des nouveaux emplois est exigé. En outre, le juge judiciaire exerce un contrôle rigoureux sur les procédures de licenciement.

Le droit du licenciement a subi une évolution certaine qu'il faut brièvement exposer. Le licenciement pour motifs personnels a augmenté ce qui oblige à réfléchir sur les causes de licenciement elles-mêmes puis sur la procédure suivie. Le contrôle judiciaire, bien qu'accru, ne peut pas toujours s'opposer au pouvoir disciplinaire de l'employeur et à ses exigences sur l'accomplissement d'un certain nombre d'obligations par le travailleur ou encore sur sa performance professionnelle.

S'agissant du licenciement pour des motifs économiques, on verra également qu'un certain assouplissement dans l'appréciation de la cause économique (comme par exemple l'admission des raisons d'efficacité économique ou concurrentielle), affaiblissent la stabilité de l'emploi.

Reste que le licenciement a subi une évolution qui mérite d'être étudiée et qui témoigne néanmoins d'une volonté de la Cour de cassation de contrôler les motifs des employeurs.

## **b) Les évolutions du droit du licenciement**

Plusieurs questions doivent être examinées à la lumière de cette évolution. Le travail judiciaire en la matière et notamment celui de la chambre sociale doit être souligné. Toutefois, certains points faibles subsistent encore qui doivent être signalés.

### **b.1) Le travail judiciaire**

On peut constater un effort de la part de la jurisprudence pour rendre plus objectives les causes du licenciement. Les juges, en effet, s'efforcent d'exiger une plus grande spécificité des motifs de licenciement. Ils font ainsi un travail important de modernisation et d'interprétation de la loi. Le rapport de travail est inégalitaire et, par là, souvent en défaveur du salarié. C'est pourquoi, la notion d'intérêt de l'entreprise, souvent au cœur des procédures de licenciement, a subi une évolution.

Aussi peut-on observer le changement opéré depuis dix ans par la Cour de cassation et par les Cours d'appel. Alors qu'avant les années 1990, l'employeur était le seul responsable de la tenue de l'entreprise et seul comptable de l'intérêt de l'entreprise, on a pu constater une évolution de ce point de vue. Le licenciement reposait alors fondamentalement sur ce critère.

A partir des années 1990, le contrat de travail est considéré comme un contrat inégal et la notion « d'intérêt de l'entreprise » se situe, en quelque sorte moins au centre du raisonnement dans les cas de licenciement économique. On peut ainsi déduire que la tendance actuelle est de considérer que le licenciement est la solution ultime et que la priorité est de préserver l'emploi.

Cependant, le licenciement comporte toujours des points faibles.

### **b.2) Les points faibles du droit du licenciement**

L'introduction d'un contrôle du licenciement de la part des autorités administratives du travail ou des juges produirait l'effet d'un droit de regard sur les licenciements. Telle est l'opinion de certains magistrats pour lesquels la complexité du droit du licenciement, loin de favoriser le salarié peut au contraire le rendre plus faible dans de telles circonstances.

Le fait que la directive communautaire sur les licenciements économiques ne semble pas définir « la cause économique » est significatif. Cette lacune se retrouve dans le droit interne, dans la mesure où les juges n'examinent pas *a priori* la cause économique et c'est seulement le juge judiciaire qui l'examine dans les cas de licenciements individuels.

Il semble ainsi nécessaire de définir le licenciement.

### **c) La définition du licenciement et la distinction entre les causes personnelles et les causes économiques**

Si le licenciement a pu être mieux défini par une jurisprudence récente, il devient, en revanche, plus malaisée d'opérer une distinction forte entre licenciement pour cause personnelle et licenciement pour cause économique.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 10 mai 1999<sup>23</sup> affirme que le licenciement doit être fondé sur un motif tenant soit à la personne du salarié concerné, soit à des considérations d'ordre économique étrangères à ce dernier. Le motif doit également être légitime, c'est-à-dire, réel et sérieux. Il est réel, peut-on lire, lorsqu'il est exact, précis et objectif. Il est sérieux, lorsqu'il revêt une certaine gravité, rendant impossible la continuation du travail.

Sur la distinction entre les deux licenciements, les dernières études montrent que les deux causes tendent à évoluer. En effet, une augmentation des licenciements pour motif personnel ayant leur source dans les nouvelles exigences des employeurs (l'autonomie des salariés, la responsabilité des salariés, l'auto-évaluation et l'auto-correction) montre que les employeurs recherchent l'efficacité de l'entreprise si ce n'est sur le plan économique du moins du point de vue de la gestion ce qui gomme quelque peu les différences traditionnelles entre les deux licenciements.

Cette évolution témoigne du fait que les employeurs exigent de leurs salariés des qualités *intuitus personae* renforcées et de la nouvelle organisation des relations de travail<sup>24</sup> qui a des incidences sur les contrats (apparition des nouvelles clauses « d'efficacité »<sup>25</sup>) autant que sur les licenciements (le salarié ne répond plus aux attentes de l'employeur).

C'est pourquoi il convient d'examiner plus en détail l'évolution des motifs de licenciement.

---

<sup>23</sup> note F. Duquesne, JCP, 5 janv 2000, n° 1-2, II, 10230.

<sup>24</sup> J. Bue et C. Rougerie, « L'organisation du travail : entre contrainte et initiative », Premières informations et premières synthèses, 1999, n° 32.1.

<sup>25</sup> M. Cezard et S. Hamon-Cholet, « Travail et charge mentale », Premières informations et premières synthèses, 1999, n° 27.1.

## d) Causes personnelles

Il faut en premier lieu citer l'insuffisance professionnelle. L'insuffisance des résultats, qui n'est pas en soi une cause de licenciement<sup>26</sup>, doit relever d'éléments objectifs. Elle peut notamment être établie par comparaison avec les résultats d'autres salariés<sup>27</sup>. De ce fait, en cas de contestation d'un licenciement fondé sur le non-respect par le salarié d'une clause contractuelle d'objectifs, il appartient aux juges de vérifier si les objectifs étaient raisonnables et compatibles avec le marché<sup>28</sup>.

Lorsqu'en raison de l'évolution de l'entreprise l'emploi d'un salarié est modifié, son inaptitude à assumer ses fonctions peut justifier son licenciement<sup>29</sup>. Ce point précis sera examiné plus en détail ultérieurement, lorsque nous traiterons le licenciement pour motifs économiques. Mais, dans cet ordre d'idées, il faut que l'employeur ait satisfait à son obligation d'adapter l'intéressé à l'évolution de son emploi<sup>30</sup> en lui permettant de suivre une formation complémentaire, adéquate et suffisante<sup>31</sup>. Ce point mérite également examen attentif. Il s'agit ici de la question de l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, préalable au licenciement économique.

Quelle notion de faute peut-on plus récemment retenir ?

Il ressort de l'examen des jurisprudences récentes que la faute légère est celle liée à la non-exécution d'une des obligations. La faute grave se définit comme l'ensemble des faits imputables au salarié constituant une violation des obligations s'attachant à son emploi, d'une importance telle, qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise durant la durée du préavis. Quant à la faute lourde, on peut la définir comme celle commise par le salarié dans l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise.

Par ailleurs, il convient de tenir compte du principe d'indépendance des qualifications civiles et pénales du comportement. Il faut, pour cela, qu'il y ait identité parfaite entre les parties, l'objet et la cause. Autrement, le juge du travail retrouve son indépendance.

---

<sup>26</sup> Soc 30 mars 1999, n° 1484, RJS 5/99 n° 641.

<sup>27</sup> Soc 23 mars 1993, n° 1069 ; 6 janvier 1999 n° 68, RJS 2/99 n° 173.

<sup>28</sup> Soc 30 mars 1999, n° 1484, RJS 5/99 n° 641.

<sup>29</sup> Soc 13 juin 1989 n° 2430.

<sup>30</sup> Soc 21 oct 1998 n° 4129, RJS 12/98 n° 1454.

<sup>31</sup> Soc 20 avril 1988 n° 1345 ; 6-7-1993 n° 2630 ; 5-12-1996 n° 4641.

De même, les juges se fondent de plus en plus sur le contenu de la lettre de licenciement<sup>32</sup>.

Le respect des obligations contractuelles demeure essentiel. Le salarié doit exécuter les tâches de son contrat, s'il ne veut pas se voir reprocher une faute susceptible d'entraîner son licenciement. Le refus d'exécuter des tâches lui incombant normalement, sans détournement de pouvoir par son supérieur, peut légitimer un licenciement<sup>33</sup>. Par exemple, il ne saurait subordonner l'exécution des tâches nouvelles, entrant normalement dans le cadre de son contrat, à une augmentation de salaire<sup>34</sup>. En revanche, une obligation qui ne rentre pas dans son contrat et qui exige une formation n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement<sup>35</sup>.

Le contrat individuel de travail place donc le salarié dans une situation juridique qui est régie par un statut collectif comportant pour le salarié des obligations communes ou catégorielles. Ce statut découle des statuts collectifs régissant l'entreprise ou des décisions unilatérales de l'employeur qui prennent normalement la forme d'instructions. Enfin, le respect des règlements intérieurs et notes de service (ayant pour objet des règles d'hygiène, de sécurité et de discipline) constitue une obligation pour le salarié.

Il en va différemment de l'appréciation par les juges des motifs économiques.

## **e) Le cas particulier du licenciement économique**

Le licenciement économique occupe une plage de choix dans la vie du travail et de l'économie. Aussi, il serait utile d'établir dans premier temps l'évolution de ce droit et la notion de motif économique (1) puis, plus concrètement et dans un deuxième temps, d'analyser le cas particulier des plans sociaux (2).

### **e.1) Le licenciement économique : évolution**

Le licenciement économique dérive de motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des

---

<sup>32</sup> Soc 6 oct 1998, n° 96-42.603, Bull civ, V, n° 403, p. 305 et Soc 17 nov 1998, n° 96-44.364, Bull, V, n° 492, p. 367 ; Soc 6 oct 1998, n° 96-42.603, Bull civ, V, n° 403, p. 305 et Soc 17 nov 1998, n° 96-44.364, Bull, V, n° 492, p. 367.

<sup>33</sup> Soc 15 juin 1989, n° 88-40.581.

<sup>34</sup> Soc 8 oct 1980, n° 79-40.442.

<sup>35</sup> Soc 7 mai 1981, n° 79-41.503, Bull, V, p. 293.

mutations technologiques. Le motif n'est donc pas inhérent à la personne du salarié. Le régime de ce licenciement trouve ses sources fondamentalement dans les conventions et négociations collectives<sup>36</sup>.

Bien que la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973<sup>37</sup> traite du licenciement pour cause économique de façon incidente, l'autonomie de ce régime résulte de la loi n° 75-5 du 3 janvier 1975<sup>38</sup>. Sa particularité réside dans le fait d'avoir institué l'autorisation administrative préalable à tout licenciement pour motif économique. Cette disposition a été supprimée postérieurement par la loi n° 86-797 du 3 juillet 1986<sup>39</sup> et la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986<sup>40</sup>.

De plus, la loi du 2 août 1989 ayant pour objet de prévenir les licenciements, a dégagé une définition de la cause économique de licenciement et mis l'accent sur les vertus du plan social, et plus généralement sur l'importance des mesures d'accompagnement (convention de conversion). Ce dispositif fut renforcé par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993<sup>41</sup> et même par la loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993<sup>42</sup>.

Le contrôle judiciaire du licenciement demeure essentiel. Le juge est tenu de contrôler et de vérifier l'effectivité de suppression de l'emploi invoqué par l'employeur<sup>43</sup>. Face à une difficulté économique ou à une réorganisation, le secteur d'activité doit faire l'objet d'un examen. Face à une suppression d'emploi il faut ausculter l'entreprise. Face à des possibilités de reclassement, il faut définir l'espace de mobilité possible entre sociétés du groupe ( y compris à l'étranger). Cette démarche libère le droit du licenciement économique du poids des découpages juridiques formels, ceux que façonne le droit des sociétés<sup>44</sup>.

L'arrêt de la chambre sociale du 12 mai 1998<sup>45</sup>, se prononce clairement sur ce point : «il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère sérieux du motif économique de

---

<sup>36</sup> Frossard, Actualis Social Dalloz, rép travail , v° contrat de travail à durée indéterminé ; Boulmier, Dr ouvrier 1997, p. 406. Notion de motif économique ; Moderne, Dr soc 1985, p. 822, (ambiguïté de la notion dans la jurisprudence administrative) ; Peru-Girotte, Dr ouvrier, 1996, p. 1 (mutations technologiques). Pour que la mutation technologique soit une cause économique de licenciement il faut donc qu'elle remette en cause des conditions d'emploi antérieurement convenues et que cette remise en cause soit étrangère au salarié licencié. Par ailleurs, les mutations technologiques peuvent relever des pratiques attentatoires contre les droits et libertés fondamentales des salariés par l'employeur.

<sup>37</sup> JO 18 juillet 1973.

<sup>38</sup> JO 4 janvier 1975.

<sup>39</sup> JO 4 juillet 1986.

<sup>40</sup> JO 31 décembre 1986.

<sup>41</sup> JO 30 janvier 1993.

<sup>42</sup> JO 21 décembre 1993.

<sup>43</sup> Soc 10 janv 1995, Bull civ V, n° 20, D 1995, IR p 52. « Ne donne pas de base légale une Cour d'appel qui n'a pas cherché à savoir si l'emploi a été supprimé et qui a trop rapidement écarté le licenciement économique ».

<sup>44</sup> A. Lyon-Caen, Dr ouvrier 1995, p. 281 sur le contrôle judiciaire.

<sup>45</sup> Soc 12 mai 1998, n° 245, RJS 1998, p. 454, n° 712.

licenciement invoqué (...) Notamment c'est aux juges du fond de relever si les difficultés économiques dont fait état l'employeur ne justifient pas la suppression d'un emploi ». La Cour rejette donc le pourvoi contre la Cour d'appel. Celle-ci a bel et bien décidé qu'il n'y avait pas de raison de supprimer un emploi et donc de licencier pour motif économique. Enfin, les difficultés économiques doivent être distinguées des fluctuations normales de marché<sup>46</sup>.

L'extinction des relations travail par le licenciement économique a subi ces dernières années, une importante transformation. On examinera les licenciements économiques dans leur généralité. Deux points méritent ainsi d'être soulignés. Premièrement, nous verrons l'évolution subie par la notion de « motif économique ». Dans un deuxième temps, l'étude portera sur la pertinence de l'utilisation par les tribunaux et la doctrine de la notion de « petit » licenciement économique, par opposition aux « grands » licenciements qui exigent la mise en oeuvre d'un plan social.

La tendance actuelle est celle d'une plus grande rigueur de la part des tribunaux et des Cours dans l'application et dans l'exigence du respect de la procédure de licenciement économique, autant sur le fond que sur la forme.

Aussi, s'agissant du fond, la lettre de licenciement doit de façon claire et rigoureuse invoquer le motif économique qui est à l'origine du licenciement et qui en constitue la cause<sup>47</sup>. Ce qui rejoint forcément la forme puisque la lettre de licenciement doit elle-même exister faute de quoi le licenciement ne serait pas valable.

## **e.2) La notion de motif économique**

C'est par une construction jurisprudentielle à la fois cohérente et rigoureuse que la notion de motif économique est mise en place. Depuis 1992 la Cour de cassation tâche, par une série d'arrêts de principe, d'installer une ligne unitaire faisant de la notion de motif économique la pierre de touche du licenciement économique.

En premier lieu, les critères de l'article L 321.1 du Code du travail permettent de caractériser la cause économique. Celle-ci dérive d'un motif à la fois légitime et justifié. Elle

---

<sup>46</sup> Soc 6 juill 1999, RJS 1999 p. 767, n° 1236, JS Lamy 1999, n° 42-5.

<sup>47</sup> Soc, 4 février 1997, Bull civ n° 48.

doit être vérifiée, c'est pourquoi l'employeur doit tenir compte d'un certain nombre d'obligations visant à prévenir le licenciement ou à le réparer.

Trois conditions sont requises pour pouvoir caractériser le motif économique : un motif non inhérent à la personne du salarié ; la suppression, la transformation de l'emploi ou la modification substantielle du contrat de travail ; enfin, l'existence de difficultés économiques ou de mutations technologiques.

En ce qui concerne la première condition, l'employeur doit éviter de confondre ou d'essayer de confondre les causes personnelles et les motifs économiques. Sur ce point la tâche des juges paraît difficile car elle consiste à déterminer à propos d'un refus de modification contractuelle (par exemple un changement de poste, un changement d'horaire, un changement de lieu), si le licenciement a bien une cause économique ou s'il s'agit d'une mesure disciplinaire pour non obéissance.

Cette question demeure encore assez obscure et les solutions varient au gré des espèces laissant le problème sans véritable solution satisfaisante. Il ne faut pas oublier, en effet, la dimension collective du problème, dans la mesure où le contrat peut être modifié par des conventions collectives. Qu'en est-il alors de la perte d'avantages acquis par un contrat individuel ? Une modification qui trouve son origine dans une cause économique et se trouve cautionnée par une convention collective supprimant certains avantages acquis (notamment perte de salaire), doit-il être supporté par le salarié au risque de lui voir reproché son insubordination ou peut-il s'inscrire dans les causes caractérisant un licenciement pour motif économique ? Dans certains cas, la chambre sociale a semblé pencher pour la deuxième solution. Toutefois, un tournant semble s'annoncer. Le contrat de travail semble perdre son caractère absolu et une reprise de force des modifications conventionnelles impose l'analyse de la cause personnelle de licenciement en cas de refus du salarié.

Enfin, lorsqu'il s'agit de causes liées à la réorganisation de l'entreprise, le cadre d'appréciation du licenciement renvoie à la prévention des difficultés économiques. Les entreprises doivent pouvoir faire face à la concurrence, aux contraintes du marché, ce qui les oblige à se réorganiser. Cet argument appartient au registre des motifs économiques. Tel est le cas des arrêts Thomson Video Color de 1995.

Ainsi, tandis que l'adaptation des entreprises aux contraintes imposées par la concurrence peut être une cause économique considérée comme légitime par les juges, le simple désir d'augmenter les profits ou les bénéfices ne constitue pas une cause légitime.

Si les licenciements économiques qui fragilisent un nombre important des travailleurs ont pu faire l'objet des nombreuses études, ceux que l'on considère moins importants (car ils concernent un nombre moins important des travailleurs) n'en sont pas moins délicats à gérer.

### **e.3) Les grands et les petits licenciements économiques**

Les licenciements hors plan social sont largement majoritaires. Cette circonstance a invité la doctrine et certains magistrats de la Cour de cassation à formuler un certain nombre de remarques<sup>48</sup>.

S'agissant de l'utilisation du terme « petits » licenciements pour évoquer ceux qui n'exigent pas de plan social, une partie de la doctrine exprime des réserves. En effet, le fait que ces licenciements n'exigent pas de plan social ne signifie pas qu'ils soient négligeables. La doctrine manifeste une sensibilité certaine à l'égard de tout licenciement économique qu'il concerne une grande ou une plus petite partie du personnel d'une entreprise. On voit bien que le licenciement économique, en tout état de cause, est tenu comme une mesure regrettable pour le salarié et pour l'entreprise.

C'est pourquoi, le législateur et la Cour de cassation se sont efforcés, ces dernières années d'adopter une série des mesures visant à prévenir les licenciements et lorsque celui-ci est inévitable, à l'organiser de façon à ce qu'il frappe le moins violemment possible. S'agissant des mesures préventives, il convient de citer notamment l'obligation de reclassement à l'intérieur de l'entreprise ou du groupe et l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à la transformation de leur emploi. Mais il ne faudrait pas oublier les mesures visant à adapter le temps de travail (ou plutôt à le réduire ou le partager), afin que l'emploi soit relancé ou du moins protégé. Toutefois, l'intérêt et l'efficacité de ces dernières mesures n'est pas démontré. Nous y reviendrons.

Les mesures de prévention des licenciements méritent un traitement à part. L'établissement et le respect d'un ordre de licenciement est essentiel pour prévenir le plus grand nombre des licenciements. Une sélection encadrée et contrôlée des salariés licenciés permet de respecter cet ordre.

---

<sup>48</sup> Il faut ainsi citer les chiffres évoqués par M. Balmory, délégué à l'emploi lors d'un colloque organisé en 1994 par la revue Droit social et par M. le professeur Ray au cours du même colloque. Aussi devons nous citer l'étude de J. Merlin, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, « Les petits licenciements pour motif économique : spécificités du contentieux hors plan social », Dr Soc, n° 6, 1995, p. 559 et s.

La personne du licencié ne doit en aucune façon être effacée derrière les causes dites « objectives » propres au licenciement économique car, au moment du reclassement, le salarié, en tant que sujet, revient de force. La dimension humaine ne disparaît donc pas, même dans le cadre des licenciements ici étudiés. Cependant, la dimension économique est toujours une épée de Damocles car l'employeur tâche, dans ses choix, de prendre la décision de conserver ceux de ses employés qui ont le meilleur rapport « qualité-prix ».

Mais si l'employeur avait totale liberté dans ses choix, mû par des raisons purement économiques et appuyé sur son pouvoir de direction, la protection des salariés « fragiles » deviendrait une tâche impossible. C'est pourquoi, depuis quelques années, la Cour de cassation incite les juges du fond à bien contrôler les choix des employeurs en établissant des critères qui fixent l'ordre des licenciements.

La loi du 2 août 1989 fixe l'ordre des licenciements et réserve une priorité aux dispositions élaborées par la négociation collective. Les critères pris en compte sont notamment les charges de famille surtout lorsqu'il s'agit des parents isolés, l'ancienneté de service, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion particulièrement difficile.

En l'absence de dispositions conventionnelles, la Cour de cassation<sup>49</sup> décide que les critères doivent être établis à chaque fois qu'intervient un licenciement et qu'ils peuvent être réutilisés. Ce point marque bien la volonté d'individualisation du salarié et la prise en compte de sa dimension « humaine ». Aucune discrimination ayant trait à l'origine, au sexe, à la race, à la religion etc. ne peut être avancée par l'employeur. De plus, l'employeur ne peut porter atteinte à aucune disposition légale existant sur le sujet. L'obligation lui est faite de prendre l'avis des représentants du personnel.

Le juge doit ensuite vérifier les critères établis par l'employeur conformément aux dispositions légales ou conventionnelles. De ce fait, l'employeur doit tenir compte de tous les critères et n'en écarter aucun. Il faudra se placer, afin d'apprécier les critères, au jour de l'engagement de la procédure du licenciement. Enfin, l'employeur est tenu de fournir au juge les éléments objectifs de son choix, sans oublier qu'il lui faut respecter les « catégories » professionnelles.

Reste, que la sanction du non respect des critères par l'employeur semble quelque peu décevante. Ainsi, si on avait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation fasse évoluer les

---

<sup>49</sup> Soc, 8 avril 1992, Bull, n° 260, p. 159 ; Soc, 8 avril 1992, Bull, n° 256 ; Soc, 13 mars 1991, Bull, n° 126 ; Soc 13 juillet 1993, Dr ouvr, juin 1994, p. 255.

choses dans le sens de la protection de l'emploi, tout conduit à constater le contraire. A tout le moins, la Cour reste assez en retrait par rapport aux mesures qu'elle aurait pu prendre compte tenu de l'importance et de la gravité d'un licenciement. Elle ne sanctionne pas le non respect des formalités et des garanties énumérées par la nullité du licenciement. La Cour octroie des dommages et intérêts aux salariés qui prennent la forme des dédommagements divers allant jusqu'à des versements d'allocations de chômage par les Assedic.

Il convient à présent d'analyser l'évolution des mesures curatives.

Citons d'abord les conventions de conversion, mesure d'accompagnement du licenciement constituées par un accord national du 20 octobre 1986. Ainsi, après un bilan d'évaluation-orientation, des mesures personnalisées sont prises pour les salariés licenciés. Ces mesures ont donné lieu à un contentieux bien plus important que celui qu'elles étaient censées régler.

De l'examen d'une partie de ce contentieux ressortent plusieurs conclusions. Il s'agit d'une obligation faite à l'employeur mais qui ne nécessite pas, paradoxalement, de motivation. Elle est obligatoire même si le salarié a, par ailleurs, d'autres employeurs. La sanction prévue à défaut de convention est encore une fois celle d'une indemnité bien qu'elle laisse sur leur faim les travailleurs affectés (elle ne doit pas dépasser un mois de salaire). Il n'en demeure pas moins que l'employeur doit effectuer des versements aux Assedic.

Si le licenciement économique qui ne nécessite pas un plan est en train de mieux se construire grâce au travail judiciaire, les licenciements économiques appelant un plan social ne restent pas non plus hors des évolutions du droit social.

#### **e.4) Les plans sociaux : évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation**

Le plan social est un document élaboré par le chef de l'entreprise à l'occasion d'une procédure de licenciement économique collectif et dans lequel il énonce les mesures mises en œuvre par lui, soit pour éviter les licenciements, soit pour en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel.

On voit bien que le plan social se présente, dans un premier temps, comme une mesure de prévention, puis comme une voie de guérison, la moins mauvaise, lorsque le licenciement est inévitable. Il doit aider à reclasser les salariés, c'est-à-dire à faciliter leur réinsertion dans le travail.

Plusieurs grands arrêts marquent les fonctions et l'importance des plans sociaux. Ainsi convient-il de citer en premier lieu l'arrêt Everite<sup>50</sup> qui a fait sensation avec les conclusions de l'avocat général P. Lyon-Caen<sup>51</sup>. Ont suivi d'autres arrêts d'égale importance comme les arrêts Sietnam<sup>52</sup>, Framatome et Majorette<sup>53</sup>, La Samaritaine<sup>54</sup> et l'arrêt IBM<sup>55</sup> pour ne citer que les plus célèbres. Il s'agit ainsi d'une construction jurisprudentielle dont les principaux traits méritent ici d'être soulignés.

D'après les analyses de la Cour de cassation, les textes légaux laissent dans une certaine imprécision la détermination du moment où le plan social doit être dressé et les circonstances qui en commandent l'établissement<sup>56</sup>. Aussi les juges s'interrogent-ils, par exemple, sur le moment précis auquel il convient de déclencher la procédure du grand licenciement économique. Le doute existe également sur la question de savoir s'il faut prendre en considération les seuls licenciements ou s'il faut également tenir compte des accords amiables de rupture. En troisième lieu, les magistrats se demandent quel doit être le contenu précis du plan.

En ce qui concerne la première question, il faut préciser quand le plan devient obligatoire, ce qui n'est pas toujours aisé. L'article L 321-4-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail stipule que, dans les entreprises de moins de cinquante salariés si le nombre des licenciés est égal à dix dans une même période de trente jours l'employeur doit établir un plan social. Cette dispositions entre en contradiction avec une des finalités du plan qui est d'éviter des licenciements. La jurisprudence a résolu cet apparent paradoxe en interprétant l'article non pas comme si les licenciements étaient déjà déclarés mais lorsqu'il existe une possibilité ou un risque probable qu'ils le soient. Ainsi, il s'agit d'envisager le plan dès lors qu'il existe un « projet » de licenciement<sup>57</sup>.

Toutefois, dans les cas non pas de licenciement mais de modification substantielle du contrat de travail (art L 321-1 du Code du travail), se sont les Cours d'appel qui ont donné diverses solutions. Ainsi par exemple, la Cour d'appel de Lyon a interprété ces cas comme s'il s'agissait des licenciements collectifs pour motif économique<sup>58</sup>.

---

<sup>50</sup> Soc, 17 mai 1995, Bull n° 159, Dr Soc 1995, p. 570.

<sup>51</sup> D. 1995, p. 436 conclusions P. Lyon-Caen et note G. Couturier.

<sup>52</sup> Soc, 16 avr 1996, Bull, n° 163, 164 et 165.

<sup>53</sup> 3 déc 1996, Bull, n° 411.

<sup>54</sup> Soc 13 févr 1997, Bull, n° 63 et 64.

<sup>55</sup> Soc 12 janv 1999, Dr Soc 1999, p. 297, note F. Favennec-Hery.

<sup>56</sup> C'est ainsi qu'il ressort de l'étude de Ph. Waquet, Rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 1999, La documentation française, 1999, p. 271 et s.

<sup>57</sup> Soc, 22 févr 1995, Bull, n° 68 ; Crim 29 nov 1994, Bull, n° 385.

<sup>58</sup> Lyon, 11 août 1995, Majorette, RJS, n° 4, 1996, n° 393.

La Cour de Versailles, pour sa part, avait retenu la solution contraire et a considéré que le plan social devait être dressé avant l'envoi des propositions de modification du contrat de travail<sup>59</sup>. Cette solution a été confirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation alors que celle de la Cour d'appel de Lyon a été cassée. D'autres arrêts allant dans le même sens que celui de la Cour de Versailles ont été rendus. Aussi peut-on citer l'arrêt Monoprix et l'arrêt IBM<sup>60</sup>.

La doctrine a cependant trouvé qu'il s'agissait d'une interprétation trop sévère pour les salariés. M. Waquet semble justifier ces solutions dans la mesure où, pour lui, elles s'accordent au fait que le plan social doit être dressé dès que des licenciements sont envisagés<sup>61</sup>. Telle serait pour lui la fonction première du plan : résoudre par la rupture, une situation de toute façon irréparable. Cette position est d'autant plus justifiée, d'après l'auteur, que la Cour a eu l'occasion de revenir sur les fonctions du plan en l'utilisant comme un moyen de gestion prévisionnelle des emplois (ainsi les temps partiels indemnisés, les congés sans solde indemnisés, la préretraite progressive, la mise en disponibilité etc.)<sup>62</sup>.

En ce qui concerne le deuxième point, celui de savoir si le plan peut s'appliquer aux cas de rupture d'un commun accord, la Cour de cassation se démarque une fois encore d'une certaine doctrine. Elle interprète que l'article L. 321-1 du Code du travail doit s'appliquer à toute « rupture », étendant par là les garanties légales du licenciement à toute forme de rupture. Le mot licenciement se voit substitué par la Cour à celui de « rupture ».

Enfin, s'agissant du contenu du plan social, la Cour a fixé des règles aussi claires qu'exigeantes. Il faut en premier lieu que les mesures de reclassements soient effectives, des mesures précises et non pas des simples hypothèses. La jurisprudence de la Cour a ainsi décidé, à nombreuses reprises, que le plan social doit comporter des indications nettes sur le nombre, la nature et la localisation des emplois offerts dans le cadre du reclassement interne. Il en est de même en ce qui concerne les mesures de reclassement externe.

Il convient toutefois de faire un certain nombre de remarques. La Cour confirme le fait que le plan est un document « évolutif ». Il doit être soumis à discussion par le comité d'entreprise et n'est pas une simple formalité ce qui l'expose à de multiples changements et à

---

<sup>59</sup> Versailles, 23 juin 1995, Framatome, RJS, n° 4, 1996, n° 393.

<sup>60</sup> Soc, 5 janv 1999 et Soc, 12 janv 1999 respectivement.

<sup>61</sup> Ph. Waquet, rapport de la Cour de cassation 1999 cit, p. 277.

<sup>62</sup> Soc, 12 janv 1999.

des adaptations aux besoins et aux « moyens » de l'entreprise. Le plan doit consister en un document concret. Un plan considéré « vague » est nul. Enfin, lorsque ce dernier est nul, la procédure d'information-consultation est elle-même nulle, et aucune régularisation en cours ne peut être admise.

Ces précautions prises par la jurisprudence de la Cour confirment le sérieux du plan social mais surtout montrent comment il s'agit d'une élaboration en partie judiciaire, fruit d'un travail évolutif de ces dernières années qui se voudrait en accord avec le droit à « obtenir un emploi », consacré par la Constitution.

On devrait pouvoir résumer ainsi les grandes questions qui se posent actuellement :

1) De l'avis de certains auteurs<sup>63</sup>, le nombre de licenciements pour motif économique tend à baisser et celui des licenciements pour motifs personnels à augmenter.

Les raisons de ce changement, pourraient se présenter comme suit. Pour J-Y Kerbourc'h, le licenciement pour causes personnelles lié à la « non adaptation de l'employé à l'évolution du poste de travail » est l'une des causes majeures de l'augmentation de ces licenciements. Cette situation masque mal la puissance du marché : d'une part, le marché du travail tout simplement, puis la concurrence entre salariés eux mêmes, quel est le plus performant, le mieux adapté. Sans oublier le marché concurrentiel, c'est-à-dire, l'adaptation de l'entreprise à la concurrence des autres entreprises.

Pour A. Jeammaud, le fait déterminant est que les procédures pour licenciement collectif, (le plan social) sont trop lourdes pour les entreprises car elles se trouvent plus étroitement contrôlées par les juges.

2) Dans la mesure où les licenciements pour motifs personnels prennent la suite des mesures prises par le pouvoir disciplinaire de l'employeur, par exemple en cas de rétrogradation ou de non adaptation etc., appliquer un licenciement pour causes personnelles devient assez tentant. Cette évolution cache le vrai pouvoir de commandement de l'employeur. En effet, soit l'employé accepte tout ce qui lui vient de l'employeur, soit il sera licencié pour faute puisqu'il y a acte d'indiscipline pour ne pas avoir accepté (le cas le plus fréquent est celui, déjà évoqué, de la non acceptation de la rétrogradation).

On bascule ainsi d'un régime plus favorable au salarié à un autre plus obscur et délicat. Selon la Cour de cassation, le fait de ne pas accepter certaines sanctions comme la

---

<sup>63</sup> A. Jeammaud, entretien le 04-10-2000 et J-Y Kerbourc'h entretien le 23-10-2000.

rétrogradation, ou certaines modifications devient « un droit ». Cependant, l'employeur peut, à ce moment là, utiliser une autre sanction (pire ? car non contestable). Il peut appliquer le licenciement pour cause personnelle.

3) Lorsque deux licenciements se superposent : économique et personnel, le juge doit choisir celui qui a motivé en premier lieu la sanction donnant lieu au licenciement ou le licenciement lui-même. Cependant, il est fréquent que des problèmes de détermination exacte du motif surgissent comme dans les trois espèces de la chambre sociale du 1<sup>er</sup> juin 1983 et du 13 mai 1984 examinées par A. Lyon-Caen<sup>64</sup> :

Dans les trois espèces commentées, l'employeur voulait modifier les conditions de travail (lieu, salaire) et le salarié avait refusé, ce qui a provoqué un licenciement. Mais ce licenciement n'a pas été qualifié d'économique alors que les raisons qui ont poussé l'employeur à modifier les conditions étaient dues à la conjoncture économique. Or, logiquement soit le licenciement est vraiment économique, et il exige une approbation du juge, soit il est personnel, mais dans ce cas, le juge judiciaire devrait le contrôler plus fermement.

On peut également citer l'arrêt de la chambre sociale du 26 mai 1998<sup>65</sup>. En l'espèce, le licenciement n'a pas été considéré économique car le licenciement reposait sur l'âge du salarié. On peut toutefois douter de la réalité des causes personnelles invoquées et se demander si elles ne dissimulent pas des raisons tenant à la recherche de l'efficacité économique.

Les solutions semblent souvent assez insatisfaisantes.

Dans un certain nombre de cas, il est malaisé de distinguer les motifs personnels des motifs économiques. L'arrêt de la chambre sociale du 16 décembre 1998<sup>66</sup> en est un. Dans cette espèce, le refus d'un salarié de changer de poste -alors qu'il devait y gagner un surcroît de responsabilités pour un salaire inchangé mais avec une prime d'intéressement et une clause de non-concurrence- est invoqué par un employeur comme une faute grave. Il exerce son pouvoir disciplinaire et licencie le salarié. Pour débouter le salarié de sa demande des dommages et intérêts, le juge décide que la modification par l'employeur des conditions de travail ne constitue pas une modification substantielle du contrat de travail. Il ne l'a fait, estime le juge, que pour des raisons tenant à la réorganisation de son entreprise, qui était dictée pour des raisons matérielles et économiques. Le refus du salarié est apprécié comme

---

<sup>64</sup> Soc 1<sup>er</sup> juin 1983, CE 11 et 13 mai 1983, D. 1984, IR, p. 360, note A. Lyon-Caen.

<sup>65</sup> M Porée c/ Ste Incom, n° 2630, JCP 1998, IV, 2599.

une cause réelle et sérieuse de licenciement. La Cour de cassation casse et annule cet arrêt estimant que le salarié devait, du moins, être dédommagé. On voit ici l'intérêt du contrôle de la chambre sociale.

Dans cet ordre d'idées, l'arrêt du 20 octobre 1998<sup>67</sup> mérite également examen. Une salariée qui n'accepte pas un changement de ses conditions de travail (augmentation du temps de travail) est licenciée pour cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel accepte ce raisonnement se référant au fait que « c'était nécessaire à l'entreprise ». Or la Cour de cassation casse l'arrêt car il s'agit « d'une modification substantielle du contrat de travail ». On doit pouvoir, encore une fois, faire le lien entre l'extension du pouvoir disciplinaire de l'employeur, notamment en ce qui concerne le pouvoir de sanction par le licenciement, et la place du contrat de travail dans le droit actuel.

Dans l'arrêt du 15 juillet 1998<sup>68</sup>, la question de l'articulation du contrat de travail et de la convention collective est posée. En l'espèce, une convention collective favorable aux salariés est intervenue. Pourtant, lorsqu'elle est appliquée, elle change le contenu du contrat de travail. La Cour de cassation considère que, quand ce dernier est modifié sans l'accord du salarié, celui-ci peut s'y opposer sans tomber dans une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dans cet arrêt, la relation contractuelle demeure prioritaire. Cet arrêt s'inscrit ainsi dans le courant du « tout contractuel ».

A présent doit être examiné comment le temps de travail est devenu une question essentielle dans le débat contemporain sur le droit social.

## **D. LE TEMPS DE TRAVAIL**

Il ne s'agit pas de reprendre ici le débat qui depuis deux ans a mobilisé la doctrine, les juges, les syndicats et les juristes en général ainsi que les usagers. On se contentera d'évoquer l'importance du problème et surtout les réactions que les changements introduits par la loi Aubry ont provoqué dans le droit social et au sein de la doctrine, dans le discours juridique en général.

Cette question se trouve, on l'a vu, à la charnière de plusieurs problèmes qui ont déjà été traités. Aussi, le temps de travail remet-il en question l'autonomie de la volonté dans le

---

<sup>66</sup> M. Domenechc/ M. Lebert, n° 5330.

<sup>67</sup> Soc, 20 oct 1998, Mme Bonnimond c/ SA La Maille.

<sup>68</sup> Soc, 15 juill 1998, n° 3654.

contrat. On doit également poser la question de la place nouvelle accordée à la loi et à la négociation collective en matière de fixation des conditions de travail : du temps de travail, dans le cadre de la modification du contrat de travail. De plus, les juges doivent manier avec précaution la question de la modification substantielle ou non substantielle du contrat de travail. Enfin, la notion de temps de travail elle-même, met en cause celle de la définition du travail de la tâche à accomplir, de la disponibilité et même de la subordination. En outre, il convient de relancer le débat sur la séparation entre vie privée et temps de travail et sur l'organisation de l'activité dans l'entreprise par rapport à la vie privée du travailleur.

Quelques questions préalables concernant le temps de travail (a) puis celles que certains auteurs ont pu se poser à propos de la nouvelle législation sur les 35 heures (b) méritent d'être posées. Cela doit être complété par l'examen de la question du temps de travail effectif. On exposera ce que la doctrine et la jurisprudence entendent par travail effectif (c). Aussi, la distinction entre travail à temps partiel et travail à temps complet doit-elle être reprise, à la lumière des jurisprudences récentes et des réflexions doctrinales (d). Doit également être soulignée la nécessité d'aborder la notion de temps de repos à partir d'une nouvelle approche. Il s'agit, d'après une partie de la doctrine, de faire une approche positive du temps de repos au regard de laquelle les définitions communautaires et nationales méritent d'être complétées (d).

### **a) A propos de « nouveaux temps »**

Certaines réflexions sur le temps de travail présentées par certains auteurs permettront d'aborder des analyses récentes sur le temps de travail.

Une analyse rapide de la directive communautaire sur le temps de travail permet d'envisager un certain nombre des questions afférentes au temps. La directive du 23 novembre 1993 sur le temps de travail a-t-elle véritablement changé la question de la durée du temps du travail ? D'après A. Supiot, si elle n'apporte pas des solutions concrètes à la difficile question de l'harmonisation du temps de travail à l'échelle européenne, elle a le mérite de poser les bonnes questions<sup>69</sup>. Autrement dit, dans ce texte on peut déjà percevoir clairement les problèmes que le législateur français va se poser jusqu'à la promulgation de la loi Aubry II.

---

<sup>69</sup> A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr Soc*, 1995, p. 947.

Le temps de travail apparaît dans la directive non seulement comme une mesure du travail mais également comme une unité. On doit ici entendre par unité la capacité du temps de travail à être la mesure de la subordination et à s'ériger en facteur permettant de rythmer le travail des uns et des autres.

Reste à souligner la tendance croissante à séparer le temps des activités. Il y aurait les activités relevant de la qualification de « travail » et celles qui ne sont pas qualifiées de travail effectif ni de temps libre. On doit citer les activités bénévoles, le temps de formation, le temps de recherche d'emploi etc. La difficulté à définir ces activités et à les faire rentrer dans un temps de travail traditionnel n'a pas été gommée par le passage aux 35 heures. Il s'agit d'une question qui demeure ouverte.

Enfin, le temps devrait devenir une question de plus en plus maîtrisable par les individus. Il s'agirait, en effet, de tâcher de rendre compatibles chacun des aspects de la vie : le travail rémunéré, le travail à titre gratuit, les loisirs et le repos. La directive citée appelle cette tendance « la mise en œuvre du « principe général de l'adaptation du travail à l'homme ». Il y aurait ainsi un temps individuel et un temps collectif, un temps des solidarités.

Pour sa part A. Jeammaud s'interroge sur la catégorie du temps de travail, elle-même<sup>70</sup> : les conceptions juridiques et économiques n'en font-elles qu'une ? Autrement dit, le temps de travail n'est-il que la mesure de la valeur d'échange de la force de travail ?

Ces questions posées, il convient de les examiner plus en profondeur à la lumière de l'évolution du droit français actuel. Parmi celles qui seront présentées, certains points ont été examinés par la doctrine, d'autres sont illustrés également par la jurisprudence.

## **b) Quelques réflexions doctrinales préliminaires**

P-H Antonmattei<sup>71</sup>, pose un certain nombre de questions à propos de la régulation sur les 35 heures. Il se demande notamment « qui doit faire quoi ». Pour l'auteur, ce n'est pas tellement le problème de l'inflation législative comme celui de savoir qui fait quoi.

Dans la mesure où la négociation collective est la mise en œuvre naturelle de la réduction du temps de travail, le législateur n'a pas franchement procédé à ce type de délégation. De plus, la négociation collective est perturbée et les accords collectifs fragilisés.

---

<sup>70</sup> A. Jeammaud, « La réduction du temps de travail : données juridiques », La réduction du temps de travail. Dalloz et revue juridique des barreaux, n° 53, Colloque journées M. Despax, Université de Toulouse I, 29 Mai 1998.

<sup>71</sup> « Des 35 heures à la refondation sociale : brèves observations », JCP 2000, n° 22, 31 mai, p. 995-997.

L'accord d'entreprise ne saurait remplacer la loi. La fonction protectrice du droit du travail doit être assurée par le législateur, alors que la négociation d'entreprise a davantage vocation à décliner la fonction organisatrice du droit du travail.

Pour sa part, A. Supiot, analyse le temps de travail d'un point de vue critique<sup>72</sup>. L'auteur examine la question du temps de travail en mettant également en lumière celle de la nécessité d'une qualification des temps consacrés aux activités qui ne sont pas traditionnellement classées comme du travail effectif. Nous y reviendrons car ce point mérite de plus larges analyses et appelle à des réflexions prospectives.

Dans les rapports temps et travail, l'actuelle législation ne tient pas compte de tous les cas de figure où du temps est consacré à un travail, à une formation au travail ou à une activité. Autrement dit, le temps qui n'est pas compris dans la définition de « ce temps précis de travail prévu dans un contrat » reste à définir. Ainsi demeurent en dehors du « temps de travail », le ménage et les enfants, le transport, le temps de formation, ou encore, les activités créatives qu'on puisse faire en dehors du travail. En revanche, l'employeur est souvent conduit à rémunérer un temps précis de travail et indépendamment de l'efficacité du salarié ou de son effectivité.

Par ailleurs, pour ce qui est de la flexibilité de l'organisation du temps de travail, en France c'est une question laissée aux accords collectifs d'entreprise, ce qui est une porte ouverte à des abus. En effet, de nombreuses entreprises exigent une certaine « disponibilité » en dehors des horaires de travail.

Dans un autre ordre d'idées, la promotion du temps partiel a conduit dans certains cas à diminuer le chômage de longue durée.

Enfin, en ce qui concerne les conséquences de ces nouveaux modes de concevoir le temps –la notion d'activité-, le droit du travail commence à s'en faire écho. De ce fait, le temps libre a tendance à s'intégrer dans le temps de travail (formation, congés sabbatiques, activités syndicales, activités d'intérêt collectif, soin et éducation des enfants etc.). Ces observations devraient ouvrir des nouvelles pistes de réflexion.

Mais si l'organisation et la répartition des temps ont évolué, la notion de travail effectif demeure, quant à elle, parfois imprécise.

### **c) La durée du travail et le travail effectif**

La durée du temps de travail comprend le temps effectif et autres notions comme les heures d'équivalence et les heures supplémentaires.

La Cour de cassation s'est prononcé récemment sur le temps effectif rapprochant ce dernier de la notion de disponibilité. On peut ainsi lire que c'est « le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles »<sup>73</sup>. La Loi Aubry I du 13 juin 1998 en donne une définition à peu près équivalente. L'on peut se demander si le temps de la pose et du trajet devaient être inclus dans le temps de travail effectif. C'est ainsi que certains auteurs comme P-H Antonmattei analysent cette question à la lumière du travail de la Cour de cassation<sup>74</sup>.

A partir d'un certain nombre des décisions, il semblerait que le temps effectif soit celui pendant lequel le salarié accompli une tâche commandée par l'employeur. Ainsi, lorsque le salarié décide de travailler pendant son temps de repos (ou aux heures du repas) alors que l'employeur ne l'a pas expressément décidé ainsi, le salarié ne peut pas se prévaloir de la notion d'heures supplémentaires<sup>75</sup>.

Cette question conduit à l'examen de celle de la réduction du temps de travail.

### **d) Réduction du temps**

Les différentes statistiques réalisées par les pouvoirs publics ayant trait au temps de travail avaient pour but d'obtenir des résultats en termes d'emplois. De ce fait, le temps de travail a été traité, depuis un certain nombre d'années, comme une donnée fondamentale afin de promouvoir l'emploi. C'est d'ailleurs pourquoi, le législateur s'est employé à élaborer plusieurs dispositions législatives dans ce sens. Parmi les plus récentes, il faut citer, les lois sur la réduction du temps de travail I et II<sup>76</sup>. En effet, ni la loi du 6 janvier 1982 relative à la durée de travail et aux congés payés et son ordonnance du 16 janvier, ni la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation du 20 décembre 1993 n'ont suffi et le

---

<sup>72</sup> « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr Soc, p. 947-954.

<sup>73</sup> Soc, 9 mars 1999, n° 1393 RJS 4/99 n° 517.

<sup>74</sup> P-H Antonmattei, « Durée du travail : la Cour de cassation conserve « la main » », RJS 6/99, p. 475.

<sup>75</sup> J. Barthélemy, Droit de la durée du travail, 2<sup>e</sup> édition, Litec 1998, n° 22 et s.

<sup>76</sup> Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

législateur a considéré nécessaire d'intervenir à nouveau, en proposant des outils de réaménagement du temps de travail.

Il s'agit sans doute, explique A. Jeammaud, d'une loi instrumentale puisqu'elle a été conçue et adoptée en vue d'obtenir un certain résultat socio-économique<sup>77</sup>. Elle revêt toutefois un caractère original puisqu'elle se présente comme le vecteur d'une séquence de changement du droit, légiféré et conventionnel, au service d'une réduction effective du temps de travail. Cette loi s'inscrit également dans le cadre des politiques sociales proposées par le Conseil européen en décembre 1997 et dans le chapitre de politique sociale du Traité d'Amsterdam. Elle n'est cependant pas d'un accès facile pour le commun des citoyens ce qui vient confirmer l'une des critiques que Ph. Auvergnat formule contre le droit social actuel<sup>78</sup>.

La loi de 1998 sur la réduction du temps de travail outre qu'elle modifie la durée légale du travail (qu'elle porte à 35 heures hebdomadaires), modifie le régime des heures supplémentaires et clarifie la question du droit au repos. Ce temps se voit régulé autant comme droit dans l'absolu (en ce qui concerne son existence même) que comme droit « au quotidien » (en ce que la loi fixe le temps de pose et de repos journalier à non moins de onze heures consécutives).

Le régime du travail à temps partiel semble moins encouragé car il se trouve très minutieusement réglementé et ceci au point que la liberté contractuelle se trouve quelque peu limitée.

Mais la plus grande nouveauté de la loi concerne la place que doivent occuper les négociations collectives dans l'aménagement du temps de travail. L'article 2 est ainsi rédigé : « Les organisations syndicales d'employeurs, groupements d'employeurs ou employeurs ainsi que les organisations syndicales de salariés reconnues représentatives sont appelés à négocier les modalités de réduction effective de la durée du travail adaptées aux situations des branches et des entreprises ». Cette disposition a été considérée par le Conseil constitutionnel comme inopérante et dénuée de caractère normatif. On doit rappeler que cette loi est fondée sur une forte incitation financière à la réduction négociée du temps de travail. Ainsi, les entreprises qui appliqueront cette loi bénéficieront d'une série des dispositions financières favorables. Concernant sa mise en œuvre, les incidences de la réduction du temps de travail sur les rémunérations posent certains problèmes juridiques.

---

<sup>77</sup> A. Jeammaud, « La réduction du temps... » in La réduction du temps de travail. Dalloz et revue juridique des barreaux, n° 53, Colloque journées M. Despax, Université de Toulouse I, 29 Mai 1998.

<sup>78</sup> Voir *supra*.

Du reste, cette loi sera forcément évaluée à la lumière des résultats qu'elle était censée accomplir. Ce point mérite de plus grands développements dans la deuxième partie de cette étude.

Il faut à présent aborder la question du droit au repos.

#### **d) Le droit au repos**

Un auteur a récemment analysé les caractères du temps de repos à partir d'une nouvelle approche de la durée du travail. Si F. Favennec-Héry analyse le temps de repos comme un droit, à partir d'une jurisprudence soigneusement analysée, elle lui imprime un certain nombre des caractères. Le fait par exemple qu'il s'agisse d'un impératif général qui accepte toutefois des exceptions<sup>79</sup>. Il revêt un caractère obligatoire. Ainsi, s'agissant des conditions de son octroi, il s'agit d'un droit continu et souvent forfaitaire. Il existe plusieurs modalités qui découlent soit de l'organisation du temps de travail soit d'une forme de compensation des sujétions imposées au salarié. Le repos devient, de plus en plus souvent, plus qu'un droit, une modalité de gérer la durée du travail. Cette forme de réaménagement du temps n'est qu'une manifestation, avant l'heure, de ce qui devait être le contenu de la loi sur les 35 heures. On peut en effet, de ce point de vue là, se demander quelle était l'opportunité d'une telle loi.

Par ailleurs l'opposition classique entre temps de travail et temps de repos tend à s'effacer. En effet, la jurisprudence a élaboré une théorie qui inclut des nouvelles qualifications intermédiaires entre les deux notions précédemment citées. La doctrine pour sa part, essaye également de poser des nouvelles notions entre le temps de travail effectif et le repos. On peut ainsi trouver un certain nombre d'activités ayant un rapport avec l'activité professionnelle mais qui ne peuvent pas être qualifiées de temps de travail effectif. Elles ne correspondent pas non plus au repos. Il s'agit notamment du temps contraint. Cependant il n'y a pas d'unanimité concernant cette notion. Pour les uns il s'agit des moments pendant lesquels le salarié demeure à la disposition de l'employeur. Mais ce temps n'est pas qualifié pour autant de travail effectif. Pour d'autres, la disponibilité du salarié implique une amputation à sa vie privée ou à son temps de repos. Cela s'opposerait donc à ce qu'il soit qualifié de temps de travail effectif.

---

<sup>79</sup> F. Favennec-Héry, « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », RJS 12/99, p. 819.

La question reste cependant ouverte car avec les nouvelles techniques (le téléphone portable, le courrier électronique etc.) l'activité de certains travailleurs a du mal à trouver une place parmi les catégories dures. Il s'agit sans doute d'un changement des temps.

Dans cet ordre d'idées, on peut proposer deux approches différentes du temps de repos. Une première approche quantitative, tiendrait compte de la durée du travail. Mais elle s'avère insuffisante car elle ne tiendrait pas compte par exemple de la pénibilité du travail ou d'autres caractéristiques tenant compte de l'intensité. Une seconde, qualitative, qui nous semble préférable, tiendrait compte de la véritable mise à disposition du travailleur -le temps qui lui est ôté de son loisir ou de son sphère personnelle-.

Enfin, le débat sur le temps de travail relance celui qui a trait à la négociation collective. La traditionnelle opposition entre contrat individuel et accord collectif est ici revivifiée.

## **F. LA NEGOCIATION COLLECTIVE**

Plusieurs questions sur la négociation collective ont donné lieu à d'abondantes études doctrinales. Divers points méritent ainsi d'être soulignés : le travail et l'organisation collective (a), la représentation du salarié et la représentation syndicale (b), ce qui conduit d'une part à l'examen de la question, aujourd'hui débattue, de la nécessaire représentativité (c) puis enfin de l'élargissement du champ de la négociation collective ouvert notamment par la législation sur les 35 heures (d).

### **a) Travail et organisation collective**

Du point de vue juridique, la négociation collective se présente comme une alternative à l'application de la loi. Cependant, les rapports entre les deux sont plus complexes qu'il ne paraît.

La loi a tendance à se vider de ses dispositions substantielles et à se gonfler de règles procédurales destinées à garantir le droit à la négociation collective. La loi tend donc à être remplacée. Cela dit, elle doit encadrer la fixation des grands principes et des grands objectifs de la politique sociale tels que l'établissement des conditions nécessaires à l'équilibre des

parties à la négociation ou l'incitation à la négociation (représentativité). Le rôle des pouvoirs publics demeure ainsi cruciale.

En outre, depuis les années 80, la négociation collective est devenue un facteur essentiel de l'organisation du travail. On constate un éclatement des instances de négociation collective. Ce phénomène semble susceptible de remettre en question la représentation.

## **b) Représentation du salarié et représentation syndicale**

La représentation des salariés lors de la négociation et de la conclusion des conventions collectives est étroitement liée à la représentation des syndicats. Seul un syndicat représentatif des salariés peut signer valablement une convention ou un accord collectif de quelque niveau qu'il soit. Le problème de droit qui se pose souvent, que l'arrêt Basirico<sup>80</sup> pose pour la première fois, est celui de l'extension d'un accord collectif modifiant partiellement une convention collective à des salariés réclamant le bénéfice de cet accord alors qu'il n'a pas été signé par l'ensemble des signataires initiaux de la convention et adhérents ultérieurs.

La convention ou l'accord collectif ne peuvent qu'améliorer les droits des salariés. La convention ou l'accord, au lieu d'être subordonnées à la loi, deviennent des normes supérieures à la loi elle-même dans la mesure où le salarié peut en imposer l'application et le respect par préférence à la loi, qui est pourtant expressément qualifiée d'ordre public. Apparaît ainsi une sorte d'ordre public social. Le salarié peut, par là, demander à bénéficier de la règle la plus favorable.

Cependant, ce principe présente un danger certain pour la sécurité des certains acquis sociaux. De même que l'ouverture vers certaines conditions de travail qui ne renforcent pas à proprement parler la situation du salarié, et qui se présentent plutôt comme des solutions contre le chômage et les licenciements économiques représentent également des dangers certains.

Dans cet ordre d'idées, on peut dire que les négociations sociales sont devenues souvent des négociations de « repli ». Face à la montée du chômage il faut accepter de partager et de revenir sur des acquis pour empêcher des licenciements imposés par les conditions de marché.

---

<sup>80</sup> Soc, Plén 20 mars 1992, Rapport du conseiller D. Tricot, Dr Soc, n° 4 1992, p. 360.

Au-delà de ces questions, il convient de savoir quel est le rôle de cette technique de négociation par rapport à la représentativité des syndicats.

Il y aurait ainsi deux thèses qui s'opposent. Une première qui prétend que l'accord collectif est le fruit d'une unanimité entre les signataires. Suivant cette théorie, seule l'unanimité peut remettre en cause l'accord signé. Une seconde, minoritaire dans la doctrine, retient que les conventions ou accords sont le résultat d'un compromis entre deux parties. Il suffirait qu'un syndicat représentatif signe un nouvel accord pour que l'antérieur soit abrogé dans la limite du nouvel accord, ce qui exclue tout concours entre le précédent et le nouvel accord.

Si le contrat tend à devenir une pièce maîtresse de l'organisation sociale, son succès étant dû en partie à sa souplesse, l'accord peut être également assoupli par la pratique de la modification. Cette pratique présente cependant des inconvénients.

En effet, un des problèmes qui se pose à l'heure actuelle est celui de la révision de la convention ou de l'accord par dénonciation d'une seule partie ou d'un seul syndicat signataire.

En ce qui concerne la convention, un nouvel accord pour réviser ou modifier le compromis d'origine est nécessaire. Les deux parties doivent ainsi s'entendre sur un nouvel équilibre. Mais quel accord doivent donner les signataires ? L'unanimité est-elle requise ou suffit-il qu'un seul syndicat appose sa signature ?

Il faut certes éviter le monopole d'un seul syndicat au mépris des plus élémentaires règles démocratiques. Toutefois, dans la pratique, ce principe pose un certain nombre de difficultés matérielles. L'on se retrouve face à un instrument qui ne peut pas être totalement souple au risque de ne plus répondre à sa qualité de représentativité.

En réalité, les parties en général, afin d'éviter toute lourdeur dans les négociations, essaient d'éviter les dénonciations globales et tâchent de se conformer aux mécanismes de révision partielle. Cependant, tous les syndicats ne peuvent ou ne veulent pas renégocier les accords. Dans ces circonstances sont-ils toujours valables ? A qui profitent-ils exactement ? Qu'en est-il de la sécurité juridique ? Ces questions doivent pouvoir trouver des réponses satisfaisantes tant sur le plan juridique que sur le plan pratique.

La jurisprudence semble unanime sur l'opposabilité du nouvel accord. Reste qu'il faut s'interroger sur la survie de l'ancien accord.

En l'état actuel, la jurisprudence semble s'accorder sur le fait que les conventions et accords collectifs ne peuvent être révisés qu'en suivant la règle de l'unanimité. Autrement on

verrait s'installer une concurrence entre syndicats. Ceux représentant la majorité des salariés pourraient se voir devancés par des syndicats minoritaires mais participant à la révision de la convention ou l'accord. Le poids du syndicat majoritaire serait en partie fragilisé. Une telle solution remettrait en cause les règles essentielles de la représentativité et instaurerait un système de révision des conventions et accords « à la carte » tout en ébranlant les bases de l'unanimité.

Du reste, bien que cette solution ne soit pas convaincante pour tous, elle demeure la plus respectueuse des règles de la représentativité syndicale. Il serait toutefois souhaitable de prévoir des nouvelles solutions plus adaptées au nouveau paysage syndical français et à la crise actuel du syndicalisme. On doit toutefois se poser la question de la nécessaire représentativité des syndicats en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence.

### **c) La nécessaire représentativité**

Dans le cas où la révision ou la modification d'un accord soit nécessaire quelle est la majorité requise ?

C. Barberot se pose cette question à propos de l'arrêt de la chambre sociale du 18 novembre 1998<sup>81</sup>. Il s'agissait, en l'espèce, d'un accord établissant la répartition de la durée hebdomadaire du travail. Cet arrêt invitait la Cour à calculer la majorité exigée par l'article L 132-26 du code du travail (régissant le droit d'opposition à un accord collectif) afin que les syndicats non signataires puissent exercer ce droit. Il résulte de cet article que la ou les organisation(s) syndicale(s) qui n'ont pas signé l'accord peuvent s'y opposer à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits.

Il s'agit en effet de savoir comment cette majorité est recueillie. Si on se réfère à la loi, il faut se baser sur les inscrits et non les suffrages exprimés. La jurisprudence ne s'est prononcée qu'une fois sur la question dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 10 octobre 1989. La Cour considère que « le nombre des voix à prendre en considération est le total des celles recueillies lors de l'élection des membres titulaires et suppléants du comité d'entreprise ». La jurisprudence semble trouver dans les dispositions du législateur une volonté de limiter le droit d'opposition. Les opinions sont plus nombreuses s'agissant de

---

<sup>81</sup> Soc, 18 nov 1998, n° 4727 PB.

l'assiette de calcul de la majorité que sur le mode de calcul lui-même. Ainsi A. Supiot<sup>82</sup> se prononce résolument en faveur de la règle de la majorité des inscrits tandis que P. Lanquetin<sup>83</sup> la critique ouvertement. Pour J-E Ray<sup>84</sup> il s'agit d'une règle qui n'arrive pratiquement jamais à pouvoir se réaliser dans la pratique tant elle est rigide. D'autres auteurs se posent des questions à propos des électeurs et des suppléants<sup>85</sup>.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 18 novembre 1998 affirme l'existence du droit d'opposition tout en soulignant que c'est le premier tour du scrutin qui est le plus significatif et le plus indiqué pour établir une majorité susceptible de pouvoir s'opposer à un accord. Ce sont, en effet, raisonne la Cour, les syndicats qui obtiennent la majorité au premier tour les plus représentatifs, les plus habilités à se considérer majoritaires et pouvoir ainsi s'y opposer.

Loin d'être totalement tranchée, cette question revient avec force avec la loi sur les 35 heures.

Concernant le temps de travail, E. Ray<sup>86</sup> se prononce sur la notion d'accord majoritaire. Pour l'auteur, il semblerait que ce soit celui qui est adopté par la loi française.

Plusieurs problèmes viennent alors à se poser. On doit principalement faire référence au problème -déjà examiné à propos de la modification du contrat de travail- de la tension existante entre la modification des horaires par un accord collectif et l'horaire établi dans le contrat de travail.

Il faut ainsi articuler l'article 11 sur les accords majoritaires avec l'article 15 sur la modification du temps du travail, qui est possible lorsqu'elle a été faite dans le cadre d'un accord ou convention collective (L 211-3). Il y a dès lors une immixtion des accords collectifs dans le contrat individuel de travail lorsque la modification d'horaires se pose.

De plus, lorsque le salarié n'est pas d'accord avec cette modification de son horaire, puisque la modification est approuvée par un accord majoritaire, l'employeur peut le licencier, comme s'il s'agissait d'un licenciement pour motif personnel. Certains ont qualifié ce licenciement de *sui generis*. En tout état de cause, l'accord majoritaire entre dans le Code de travail comme un cheval de Troie (masqué par l'article 15 via le 11).

---

<sup>82</sup> A. Supiot, « Parité, égalité, majorité dans les relations collectives du travail », Etudes en hommage à H. Sinay, p. 67.

<sup>83</sup> P. Lanquetin, « La révision des conventions collectives : le sens d'une réforme », Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à H. Sinay, p. 40

<sup>84</sup> J-E Ray, « Du collectif à l'individuel, Les oppositions possibles », Dr Soc 1998, p. 348-349

<sup>85</sup> A. Chevillard, note sous Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1989, JCP 1990, éd E, 15773, p. 332, n° 18.

<sup>86</sup> J-E Ray, « Les grandes manoeuvres du droit de la négociation collective (articles 11 et 15 du projet de loi). J-E Ray, Dr Soc, déc 2000, n° 12, p 1018-1025.

Il faut se demander à quel moment on obtient une majorité. La question du référendum se pose alors inévitablement.

C'est par le biais de l'article 11 qui pose que à défaut d'accord majoritaire, « une consultation du personnel peut être organisée à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales signataires ; l'accord ouvre droit à l'allégement s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés ». On voit revenir ici non seulement la question du mode de calcul de la majorité, mais surtout, celle, plus générale et plus profonde, de l'opportunité de remettre en cause un accord par des non signataires.

Il s'agit, malgré tout, explique J-E Ray, d'un moyen de pression plus que d'une représentation réelle. Un accord sur les 35 heures peut ainsi être rejeté par référendum à la demande d'un syndicat minoritaire et de ce fait que devient alors l'accord ? Que se passe-t-il avec les 35 heures que l'entreprise s'était engagée à appliquer (et qui a bénéficié des avantages, aides subséquentes etc.)?

L'élargissement du référendum est donc une nouveauté importante mais incertaine. De ce fait, les accords majoritaires rehaussés par la loi, prennent davantage d'importance car ils sont plus efficaces et sûrs pour l'employeur. Reste qu'il est tout de même curieux de continuer à être obligé à des accords de majorité tandis que les minorités sont ainsi minorées, voire dévalorisées.

Un dernier volet reste à aborder relatif à la négociation collective qui est celui de l'élargissement de son champ d'application.

#### **d) Elargissement du champ d'application des négociations collectives**

A côté des récentes législations sur le temps de travail, accordant de larges pouvoirs à la technique de la négociation collective, il convient de rappeler d'autres chantiers, déjà ouverts depuis quelques années.

Il s'agit de l'extension des accords interprofessionnels en matière de retraite complémentaire. La pertinence d'un tel élargissement ne semble pas pouvoir être remise en cause, dans la mesure où il n'existe pas, à proprement parler, un droit autonome de la convention collective de la Sécurité sociale. L'instrument conventionnel assure ainsi la

---

fonction d'instituer un véritable régime d'assurance vieillesse. Mais il ne semble pas très adapté à cet effet. Un véritable régime de Sécurité sociale concernant l'assurance vieillesse qui laisse la responsabilité aux partenaires sociaux a été conçu en marge de la loi.

S'agissant du régime des accords collectifs en matière d'assurance chômage, la question se présente différemment. En effet, le régime est malgré tout institué par la loi -art L. 131-1 du Code du travail- et les garanties par lui mentionnées. De plus, le retrait ne peut se faire que si l'accord cesse d'être en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. Toutefois, l'accord peut arriver à jouer le rôle de décret d'application de la loi lorsqu'il n'est pas modifié par l'agrément du ministre. Sa fonction principale est effectivement de se substituer au décret d'application de la loi, lequel ne peut intervenir qu'en l'absence d'accord agréé.

On doit enfin pouvoir citer les conventions médicales conclues entre les caisses nationales de Sécurité sociale et les syndicats de médecins. Elles semblent compléter cet élargissement des mécanismes du droit social à des domaines du droit public. Une convention médicale n'est certes pas une convention collective de travail. Il s'agit d'un contrat de droit administratif dont l'objet est d'associer les praticiens au fonctionnement du service public d'assurance maladie.

La véritable innovation de ces pratiques est l'impact que la négociation exerce sur la loi. Il convient ainsi de se poser la question -qui mériterait à elle seule de plus grands développements- des rapports entre le droit public et le droit social.

Si un certain nombre des changements dans le droit social ont pu avoir lieu depuis plus de cinq ans, ils ouvrent des perspectives nouvelles qui méritent d'être prises en compte. La présentation de ces nouvelles propositions fera l'objet de la deuxième partie.

## **II. NOUVELLES PERSPECTIVES**

L'apparition de nouvelles perspectives se révèle dans l'existence d'un discours prospectif inédit. A un ancien discours plus catastrophiste, qui annonçait la fin du droit social et sa disparition, viennent se substituer des perspectives d'avenir concrétisées, notamment, dans l'existence de plusieurs rapports de recherche, somme toute assez radicales et novatrices.

Parmi ces différentes propositions on peut signaler un certain nombre qui témoignent précisément des insuffisances législatives et de la nécessité de chercher des nouvelles solutions plus adaptées à l'évolution de la vie actuelle. On peut ainsi distinguer deux grands blocs, celui des relations individuelles (A) et celui des relations collectives (B). Sans toutefois oublier l'évolution du pouvoir judiciaire et les perspectives qu'elle ouvre (C). Face à la présence d'un certain nombre des phénomènes dans l'actuel monde du travail, il convient de se demander comment le droit prend en compte l'existence de ces problèmes (D). Il serait également souhaitable de s'interroger sur l'avenir de la Sécurité sociale et du système de solidarité dans un contexte de lutte contre la précarité (E). Enfin, l'articulation du droit social avec d'autres domaines du droit doit être proposée (F).

### **A. RELATIONS INDIVIDUELLES**

Le droit social s'achemine actuellement vers de nouvelles perspectives évolutives qu'il convient de signaler. Il faut alors examiner, d'une part, la protection de la personne au-delà de la notion de travailleur. D'autre part, la notion d'intérêt de l'entreprise présente une nouvelle perception judiciaire dont il convient de noter les grandes lignes.

#### **a) Protection de la personne, protection du travailleur**

L'avenir est du côté de la substitution d'une protection de la personne comme travailleur à travers la protection du régime du rapport du travail. Le droit du travail est le

régime d'un contrat au-delà d'un rapport entre le travailleur et son employeur. La personne du travailleur, à son tour, se trouve du côté du contrat de travail. Aujourd'hui on voit poindre l'idée qui témoigne de l'existence d'une double trajectoire : celle du contrat et celle des relations entre le travailleur et son travail. Il s'agirait d'instaurer un système qui permette une certaine continuité dans les revenus tout en assurant une protection sociale suffisante et ce, au-delà d'un emploi précis. Nous serions en face d'une protection de la personne en tant que telle, en dépit de l'existence ou inexistence d'une relation de travail.

Cette perspective ne s'accorde pas facilement avec la crise que l'État social semble traverser. L'incidence d'une certaine vision économique et libérale imposée par le droit communautaire rend difficile la concrétisation d'une telle proposition. Pourtant, la doctrine insiste depuis un certain temps sur la nécessité de trouver des solutions dans ce sens.

Par ailleurs et compte tenu de la précarité de l'emploi et des conditions parfois pernicieuses de flexibilité dans le travail, les relations individuelles de travail doivent être également étudiées, à la lumière de l'évolution de la notion d'intérêt de l'entreprise.

## **b) La notion d'intérêt de l'entreprise**

La notion d'intérêt de l'entreprise, qui traverse tout le droit social, a subi une évolution jurisprudentielle certaine étroitement liée aux derniers changements éprouvés par cette branche du droit. Cette notion, certes floue et malléable, n'en est pas moins le reflet d'un certain ordre de l'entreprise et, par là, du pouvoir de l'employeur et des intérêts des travailleurs.

A partir des années 1970, les juges se sont souciés de vérifier si derrière la notion d'intérêt de l'entreprise ne se cachait pas un détournement de pouvoir de la part de l'employeur. L'évolution la plus récente, explique un auteur<sup>87</sup>, va beaucoup plus loin en s'intéressant à la finalité des mesures prises par l'employeur telles que la réorganisation de l'entreprise, certaines clauses du contrat de travail, etc.

Cela dit, certains auteurs, comme A. Lyon-Caen<sup>88</sup>, ont déjà souligné depuis longtemps, de façon très éclairante, que l'utilisation de la notion d'intérêt de l'entreprise pouvait contenir un détournement voilé du pouvoir de l'employeur, mais surtout pouvait s'ancrer dans le désir des employeurs de voir participer leur entreprise au jeu concurrentiel. On se trouve ainsi face

---

<sup>87</sup> M-C Escande-Varniol, « La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise », RJS, n° 4, 2000, p. 260.

<sup>88</sup> Soc, 13 oct 1977, D. 1978, p. 350, note A. Lyon-Caen, puis D. 1992 ? ? ? ?.

à la nécessité d'accorder aux juges le pouvoir de contrôler les décisions patronales. Ce pouvoir est devenu un devoir, si bien que la notion d'intérêt de l'entreprise se trouve aujourd'hui entièrement dans les mains des juges.

On doit ainsi signaler un certain nombre de caractères que la notion doit revêtir pour être considérée valable. Elle doit, avant tout, être objective, ce qui peut être observé par les magistrats en étudiant la finalité poursuivie et la proportionnalité des mesures prises.

L'intérêt de l'entreprise peut souvent se traduire par l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Ce pouvoir présente deux volets : la direction des personnes et la direction économique. C'est pourquoi, l'exercice du pouvoir disciplinaire peut se voir inclus dans la notion d'intérêt de l'entreprise. Il n'en demeure pas moins des limites à ce pouvoir : les droits et libertés fondamentaux des travailleurs, qui se trouvent, de ce fait, soit confrontés à la notion d'intérêt de l'entreprise, soit inclus dans cette dernière. Ainsi, certains droits et libertés des travailleurs qui viennent se loger dans l'intérêt de l'entreprise sont renforcés par les juges, par le biais du contrôle de la proportionnalité du but recherché par l'employeur.

S'agissant du pouvoir de direction économique de l'employeur, le contrôle exercé par les juges devient plus ardu car il s'agit d'un pouvoir peu encadré par le droit social. C'est ici que le discours économique de l'entreprise peut être le mieux perçu par les juges de sorte qu'ils doivent affiner leurs appréciations lors des litiges concernant notamment les licenciements économiques.

Depuis la moitié des années 1990, la Cour de cassation admet, parmi les motifs économiques de licenciement, « la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise »<sup>89</sup>. Cette nouvelle tendance semble se trouver dans la ligne de ce qui écrivaient certains auteurs comme A. Jeammaud, qui a plaidé pour une « admission morale » des arguments financiers en temps de pénurie d'emplois<sup>90</sup>.

Le juge doit vérifier que l'employeur a suffisamment démontré l'existence d'un danger menaçant l'entreprise et justifiant des mesures, parfois drastiques, en matière d'emploi. Les juges du fond, se livrant à une étude approfondie des finalités recherchées par l'employeur, contrôlent la proportionnalité des mesures prises, ajustant ainsi la notion d'intérêt de l'entreprise.

Il s'agit, en dernière instance, de mesurer la notion d'intérêt de l'entreprise et sa légitimité à être invoquée par l'employeur. On pourrait ainsi vérifier que ce dernier a bien

---

<sup>89</sup> Soc, 5 avril 1995, RJS, n° 5 1995, n° 497.

<sup>90</sup> A. Jeammaud, « Justice et économie, et le social ? », *Justices* 1995, n° 1, p. 118.

respecté un certain nombre des mesures procédurales, dont la consultation du comité d'entreprise, dans l'ordre économique, avant de prendre sa décision<sup>91</sup>. Enfin, et s'agissant des licenciements pour motif économique nécessitant un plan social, les juges doivent pouvoir contrôler le pouvoir de direction économique de l'employeur et par là la pertinence de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'entreprise lors du contrôle du plan social. C'est ainsi que les prud'hommes peuvent contrôler cette notion.

Il serait sans doute souhaitable d'approfondir l'étude de cette notion qui semble se rapprocher de la recherche d'un équilibre d'intérêts sociaux-économiques dans l'entreprise, mobilisant par là plusieurs acteurs sociaux et ne se limitant plus au seul employeur.

Il semble que l'étude des relations collectives dans l'entreprise soit nécessaire pour compléter le tableau brossé actuellement par la doctrine et la jurisprudence sociales.

## **B. RELATIONS COLLECTIVES**

Les relations collectives dans le droit social soulèvent un certain nombre de points qu'il convient d'analyser. Ainsi, la question de la représentation (a) mérite d'être associée à celle de la formation des représentants (b). D'autres perspectives peuvent toutefois être présentées comme la proposition de la figure du médiateur (c) qui s'interrogent sur la place et le rôle de l'État dans l'évolution actuelle du droit social (d). On pourrait ainsi se poser la question de la pertinence d'une expérimentation dans ce domaine (e).

### **a) La Représentation**

La représentation dans les entreprises est une question d'actualité qui doit être abordée. Certaines propositions suggérées par les différents professionnels du droit social seront ici présentées. Nous verrons en premier lieu les rapports entre la représentation et la légitimité (1), pour examiner ensuite s'il convient de diversifier la nature actuelle de la représentation (2). On doit enfin faire état de la possibilité d'une évolution d'une pratique de la part des représentants dans la participation aux actions en justice (3).

---

<sup>91</sup> Soc, 3 déc 1996, Dr Soc 1997, p. 23 rapport Ph. Waquet concl P. Lyon-Caen ; Soc 16 avr 1996 (3 arrêts), Dr Soc 1996, p. 490.

### **a.1. Représentation et légitimité**

Les différents spécialistes du droit du travail abordent également le problème des conditions du droit de représentation légitime. On envisage aujourd'hui l'existence des différentes conditions de représentation d'intérêts. Ainsi, on peut citer les accords majoritaires. A la question de savoir jusqu'à quel point une organisation est un agent légitime pour la négociation vient s'ajouter celle, plus actuelle, de « qui est habilité à négocier ». Aussi retrouve-t-on, dans cet ordre d'idées, la qualification délicate du point de vue de la négociation, des organisations locales ou des associations de chômeurs.

D'une façon générale, il y aurait une substitution du régime du travail contractuel de la personne à un régime d'encadrement. Plus concrètement, et dans le contexte de la représentation, il s'agit de savoir de quel côté se trouve la légitimité. Cette perspective bouleverse quelque peu le système actuel du droit social.

### **a.2. Représentation externe ou interne ?**

La question de la représentation des travailleurs dans les entreprises présente un deuxième volet qu'il convient d'exposer ici. En effet, il ne semble pas que le problème de la représentation puisse être facilement résolu en posant ou en modifiant les seuils de représentativité à l'intérieur des entreprises. Une question plus profonde vient se poser qui est celle de la nature même de la représentation et la forme qu'elle doit revêtir pour être réellement efficace<sup>92</sup>. Par conséquent, convient-il de parler de représentation externe ou interne dans les entreprises ? Doit-on coordonner les deux ?

Si on s'en tient à la représentation interne on pourrait proposer soit la baisse des seuils, soit leur totale suppression dans la mesure où ceci aurait pour effet de rendre plus efficace et d'augmenter la participation des travailleurs à la vie de l'entreprise.

Une proposition de représentation externe impliquerait la création de droits à intervenir de l'extérieur. Ces interventions prendraient, par exemple, la forme des Commissions paritaires ou syndicales. Il s'agirait en quelques sorte d'arbitres qui pourraient être nommés par un juge, un Comité ou encore les membres permanents des syndicats. Le problème soulevé, si on accepte cette proposition, reste celui de la légitimité de ces

---

<sup>92</sup> Ph. Auvergnat, Comptrasec, Bordeaux.

représentants externes. Quelle serait leur origine ? Quel contrôle subiraient-ils ? Ceci obligerait à faire certaines modifications du droit actuel de la représentation qui alourdiraient le système alors qu'elles auraient pour but, paradoxalement, d'essayer d'alléger et de rendre plus efficace celui qui est en place actuellement.

### **a.3. Action en substitution et syndicats**

La possibilité d'une augmentation des actions de substitution des syndicats<sup>93</sup> aux salariés, dans le cadre de certaines actions judiciaires, déjà évoquée dans la première partie, doit également être envisagée dans une étude prospective. Cette nouvelle pratique consistant à regrouper des actions et à collectiviser les demandes pourrait alléger la charge, parfois trop lourde, des tribunaux et de Cours dans les cas d'actions collectives.

On voit bien un exemple de cette pratique dans l'arrêt Servair de la chambre sociale de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 2000<sup>94</sup>. Cette voie judiciaire demeure assez exceptionnelle, d'autant plus qu'il a fallu attendre l'arrêt cité pour avoir quelques précisions jurisprudentielles sur cette action. En effet, à la question des conditions de l'information du salarié substitué, la réponse par la Cour de cassation a été donnée il y a peine quelques mois. D'après la Cour, l'exercice de cette faculté doit être obligatoirement précédé d'une information du salarié, destinée à éclairer son consentement et à protéger sa liberté personnelle de conduire personnellement la défense de ses intérêts. Le syndicat doit notifier à l'intéressé son intention d'agir et le salarié ne doit pas s'y être opposé.

Cela étant, et malgré l'existence de ces garanties, on voit ici un sujet délicat qui peut confronter l'action syndicale à la liberté individuelle. Cette opposition est aujourd'hui accrue, dans la mesure où les syndicats traversent une crise en France et que l'action en substitution augmente leur champ d'action et leurs possibilités de voir accroître le nombre de leurs affiliés.

Mais, dans la mesure où cette action suppose qu'il existe, au préalable, une concertation entre le salarié et le syndicat sur la stratégie judiciaire à poursuivre, et si le salarié n'intervient pas personnellement à l'instance, il épuise en quelque sorte son droit d'agir. Certains auteurs voient ici un amoindrissement de la liberté personnelle du salarié, d'autant que certains syndicats peuvent, d'après ces auteurs, intervenir parfois de façon

---

<sup>93</sup> Voir, M. Cohen, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr Soc* 1990, p. 790.

<sup>94</sup> Soc, 1<sup>er</sup> février 2000, n° 667, Union locale des syndicats de la Zone portuaire de Roissy c/ Soc Servair.

inoportune en plaçant le salarié en porte à faux de l'employeur. C'est ainsi qu'on a pu voir un tribunal retenir la responsabilité d'un défenseur syndical.

En conclusion, on peut dire que cette pratique ne fait pas l'unanimité. Elle semble encouragée par le milieu judiciaire en ce qu'elle permet de désengorger le contentieux. Elle est redoutée par une partie de la doctrine qui craint de voir là un moyen d'assurer une place des syndicats dans la vie judiciaire, au mépris de la liberté individuelle du salarié. Resterait à faire le bilan de cette pratique pour en tirer de nouvelles conclusions.

En outre, si cette action s'épanouit et se généralise dans l'avenir, elle ne sera vraiment efficace que si les représentants des salariés ont reçu une formation adéquate. C'est pourquoi, la question de la formation mérite d'être traitée et l'étude de la représentation doit nécessairement être complétée, à notre sens, par celui de la formation des représentants.

## **b) La formation**

La question de la formation doit donc être posée. On peut énumérer de nombreux cas dans lesquels la formation des représentants des salariés doit être sérieusement envisagée. On a vu, d'une part, la question de l'action en substitution. D'autre part, compte tenu du fait que la pénibilité du travail est un facteur qui contribue à augmenter le stress et, en général, toutes sortes de troubles qu'y sont liés, les représentants des travailleurs, seuls habilités à négocier les conditions de travail, ne sont pas forcément formés pour faire face à ces problèmes. S'impose alors une égalité entre tous les acteurs du droit du travail qui n'existe pas actuellement. Une formation des représentants s'avère nécessaire et exigerait de meilleures compétences juridiques, une plus grande connaissance des différents moyens de communication et une plus grande capacité d'analyse.

Cette question, au cœur du discours actuel des spécialistes du droit social, mérite sans doute de plus larges réflexions.

Si les salariés devraient pouvoir être représentés par des personnes de plus en plus qualifiées et formées, la solution de certains conflits pourrait être également confiée à d'autres spécialistes que ceux qui en ont actuellement la charge.

### **c) La figure du médiateur**

S'agissant de la médiation des conflits, la proposition d'installation des « modules » par le ministère du Travail, sur le modèle canadien, mérite attention. Dans cet ordre d'idées, il s'agirait de spécialiser les fonctions exercées actuellement par les inspecteurs du travail. A l'actuel cumul du contrôle, conseil et conciliation en une seule personne, pourrait se substituer une certaine spécialisation concrétisée par la figure d'un médiateur. Ces médiateurs, qui régleraient les conflits et qui pourraient être les inspecteurs du travail, seraient désignés par les Tribunaux de Grande Instance. Cette pratique pourrait ainsi désengorger les juridictions du travail. Cela pourrait concurrencer les experts, nommés actuellement par les entreprises.

En outre, il s'agirait des institutions de contrôle et d'application du droit du travail, qui pourraient intervenir dans la prévention bien avant d'arriver à la première phase du conflit. Dans ce sens, la dimension comparative est intéressante. Aussi peut-on citer les cas du Canada, de l'Italie, de la Grande Bretagne et surtout de l'Espagne. En effet, et depuis la réforme du droit du travail de 1998, l'Espagne a mis en place un accord confédéral avec une liste des conciliateurs pouvant intervenir avant le conflit.

Dans cet ordre d'idées, et face à la possibilité de tels changements, il convient de se demander quel est la place de l'Etat dans l'avenir du droit social.

### **d) L'État existe-t-il encore ?**

La redéfinition de la place de l'État avec les différents partenaires sociaux peut être considérée comme un point « chaud » dans l'état actuel du droit social. On peut ainsi se demander quel rôle joue l'Etat face aux négociations comme celles auxquelles aboutit le droit de grève, ou encore où nous en sommes de la cohésion social. En outre, l'Etat joue-t-il encore le rôle de référence ?

L'alarme sociale a pu être déclenchée lorsque des entreprises, comme la RATP, négocient et que l'État a encore besoin de prouver qu'il existe.

Ainsi, en ce qui concerne le droit de grève, la Cour de cassation a, notamment en 1995, renvoyé le problème au Conseil d'État, alors que le domaine de la grève ne devait pas se placer uniquement sur le terrain politique.

Par ailleurs, la question qui se pose actuellement est de savoir si l'État peut encore assurer la cohésion sociale. Il faut alors aborder les transformations qui affectent aujourd'hui le rôle de l'Etat. On pourrait ainsi s'interroger sur les perspectives qui existent concernant l'évolution de ce rôle.

Dans tous les pays européens, on observe un mouvement de retrait de l'Etat quant à l'organisation des services économiques et d'intérêt général.

Ainsi, en ce qui concerne la Sécurité sociale, les systèmes de Sécurité Sociale demeurent souvent attachés à un modèle de vie active de type « fordiste » : main d'œuvre masculine à temps plein. Aujourd'hui, le lien entre la Sécurité Sociale et l'emploi a changé. D'une part, le développement du travail des femmes, le chômage, qui est devenu structurel, et l'accroissement de l'espérance de vie au-delà de la retraite. D'autre part, l'accroissement des travailleurs indépendants<sup>95</sup>.

L'Etat doit également servir de référence, explique F. Gaudu. L'activité et l'emploi devraient également pouvoir être gérées par rapport à un modèle fixé par l'Etat. Or, selon l'auteur, il semblerait que le modèle choisi soit celui du fonctionnement de l'entreprise. Dans cette perspective, ce sont les chefs d'entreprise qui fixent l'organisation du travail. Il y aurait ainsi une remise en question du droit social et, plus particulièrement, de la séparation production /gestion.

Il s'agirait, pour F. Gaudu, de réfléchir à la manière de renforcer l'action sociale des syndicats.

### **e) L'insuffisance des syndicats : quelques réflexions**

Afin d'augmenter le nombre des syndiqués en France, les différents auteurs proposent une pluralité de solutions. On a notamment retenu celle de F. Gaudu, qui consisterait à accorder des avantages aux syndiqués, afin d'en finir avec les syndicats minoritaires. Pour l'auteur, l'existence de ces derniers paralyse une véritable action sociale des syndicats.

De même, si on se situait dans une perspective procédurale, les négociateurs, syndicats de travailleurs et syndicats d'employeurs, devraient pouvoir être suffisamment représentés pour rendre efficace la négociation.

---

<sup>95</sup> A. Supiot, « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité Sociale », Dr Soc, 1995, p. 823.

Cette perspective semble surtout pouvoir s'appliquer en droit communautaire. En effet, certains domaines, comme le droit à la non-discrimination, peuvent faire l'objet d'une évolution due à une négociation plutôt qu'à des règles substantielles. Ceci s'accorderait bien avec le droit communautaire d'une nature moins substantielle que le droit interne.

Dans cet ordre d'idées, il serait intéressant de s'interroger avec Teyssié et Morvan, du rôle joué par les syndicats sur le plan communautaire.

Ces perspectives invitent à proposer d'autres expérimentations.

C'est ainsi que la notion de droit à l'expérimentation en matière de droit social mérite d'être posée avec Ph. Auvergnat. Cela permettrait de prendre un secteur donné : régional, branche professionnelle, etc. et de le soumettre à de nouvelles formes de règlements des conflits. Il convient ainsi de réfléchir à la question soulevée par les problèmes rencontrés autour des représentants du personnel.

Ce point éveille des questions autour de la négociation d'accords, selon les lois Aubry.

## **f) Les accords majoritaires après la loi Aubry II**

Cette question a fait l'actualité doctrinale dès la sortie de la nouvelle loi sur la réduction du temps de travail du 19 janvier 2000. Nous avons déjà eu l'occasion d'en parler dans la première partie. Toutefois, il convient de présenter brièvement ici les arguments mobilisés par certains auteurs ouvrant de nouvelles perspectives d'analyse sur ce sujet.

On peut lire ainsi sous la plume de M-L Morin<sup>96</sup>, que l'approche majoritaire risque de faire basculer le système de négociation français dans un système de négociation collective du contrat de travail qui serait lié « contractuellement » aux décisions collectives. Autrement dit, la règle majoritaire imposée par la nouvelle loi, institue une légitimité de cette règle qui risque de glisser dans une contractualisation de la négociation. Or, l'idée majoritaire est principalement le moyen de renforcer la légitimité de la règle négociée de façon cohérente avec l'effet *erga omnes* qu'elle a déjà. Dans cette perspective, il serait donc essentiel, rappelle l'auteur, de garantir l'exercice du caractère collectif au droit à la négociation par des syndicats représentatifs de l'intérêt collectif.

---

<sup>96</sup> M-L Morin, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr Soc* 2000, p. 1080.

Cette question a également fait l'objet de discussions au sein des syndicats, premiers intéressés par cette règle. Ainsi, la CGT dans son 46<sup>e</sup> congrès, évoque longuement ces questions dans les travaux préparatoires, de même que la CFDT, dans son Conseil national ne cesse d'y faire référence.

L'avenir doit encore marquer l'évolution de ce principe dont la pratique révélera sans doute les défauts ou les bienfaits.

Il convient à présent de s'interroger sur le rôle et la place des juridictions dans le contexte actuel du droit social.

### **C. LE ROLE ET LA PLACE DES JURIDICTIONS JUDICIAIRES : EVOLUTION**

Quel est le rôle actuel des institutions judiciaires dans l'évolution du droit social ? A travers quel type de jurisprudence sociale le droit évolue-t-il (a) ? Ensuite, quels sont les moyens de mise en œuvre du droit social ? (b) Enfin, comment la jurisprudence interprète-t-elle les principes constitutionnels et communautaires (c) ?

#### **a) Utilisation des standards et évolution du droit**

Il serait pertinent de se demander quelle idée se trouve derrière les décisions judiciaires et à quel droit social donnent-elles lieu à l'intérieur des différents conflits du droit social comme l'établissement des plans sociaux, les licenciements collectifs, la révision des clauses contractuelles etc. Ainsi, partant des différents standards utilisés par le juge comme celui de « l'intérêt de l'entreprise »<sup>97</sup>, « l'intérêt social (des actionnaires ou de la société) », l'usage du « normal » et du « bon », le concept de « pénibilité » etc., le droit social se trouve influencé par l'utilisation de ces expressions. En outre, ces standards sont assimilés et utilisés par la jurisprudence à tel point qu'ils intègrent le droit social et lui permettent d'évoluer.

On ne peut donc pas ne pas être frappés par le fait que les juges manient de nouveaux concepts qui doivent se trouver à la portée de tous les usagers. Aussi, peut-on citer celui de la « pénibilité » ou encore celui du « stress ». Il s'agit pour cela de rendre compatibles de plus larges appréciations sur les circonstances particulières des travailleurs et la connaissance des

événements sociaux actuels par les juges avec une meilleure et plus complète formation des usagers du droit social.

On voit bien que les différentes questions sont étroitement liées entre elles. Ce n'est que dans la mise en oeuvre du droit social que ces connexions deviennent évidentes.

## **b) Mise en œuvre du droit social**

La jurisprudence, on en conviendra, ne constitue pas une source de droit, du moins, jusqu'à une date récente où elle ne figurait pas dans les manuels d'introduction au droit comme telle. Pourtant, la doctrine s'accorde à considérer que les juges jouent un rôle prépondérant dans l'évolution du droit, si bien que la jurisprudence devrait être considérée comme une source du droit. La question n'est pas là, mais il convient toutefois de souligner le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit social. De ce fait, s'agissant par exemple du droit de licenciement pour motifs économiques ou de raisons personnelles ou encore du droit de grève, le juge joue un rôle essentiel au point qu'il serait pertinent de se demander quelle idéologie se cache derrière cette jurisprudence. Certains auteurs partagent l'opinion qu'il existe une certaine subordination des juges aux politiques du droit social. D'autres, au contraire, penchent pour une plus grande et réelle mise en valeur de la jurisprudence et des juges dans le droit social.

En tout état de cause, la Cour de cassation a pu jouer un rôle essentiel dans l'évolution du droit social. Il s'agirait alors de mieux définir sa place exacte et de lui accorder une valeur normative compatible, mais égale à celle des normes substantielles.

## **c) Le juge français, la constitution et le droit communautaire**

Deux points enfin, méritent d'être évoqués et interrogent sur la nature des relations qu'entretient le juge français avec des supraprincipes de droit, que ce soit sur le plan national ou sur le plan communautaire. Il s'agit, d'une part, explique Ph. Auvergnat, de savoir quel avenir peut avoir la constitutionalisation des juges<sup>97</sup>. D'autre part, l'articulation du droit français, notamment de son application et création par les juridictions judiciaires avec les juridictions communautaires, pose également la question de la place des juges dans l'avenir

---

<sup>97</sup> Voir supra cette partie.

<sup>98</sup> Propos recueillis par l'auteur de ce rapport lors d'un entretien en octobre 2000.

du droit social. Ce point renvoie à la question déjà évoquée de la place de l'État dans le droit social. Car il ne s'agit pas simplement d'examiner la question, bien connue, de l'articulation du droit français au droit communautaire, mais celle du droit social avec l'existence d'un État de droit.

En effet, le fait que les entreprises produisent de plus en plus une certaine normativité (règles de sécurité, codes de conduite) amène tout naturellement à se poser encore une fois la question de la place de l'État et de son éventuel affaiblissement.

Dans cet ordre d'idées et compte tenu du fait que les juges se doivent d'appliquer et de sauvegarder un certain état du droit issu de l'État de droit, le débat sur le pouvoir des juges, la pertinence d'un accroissement de leur pouvoir et l'intérêt de cette évolution demeure encore ouvert. Pourtant, le fait que le juge, gardien de l'État, du droit et de la société, ne conserve plus ce rôle ouvre la question épineuse de la défense d'une certaine idée d'intérêt général dans l'évolution du droit social.

On devrait ainsi pouvoir se demander quel rôle jouent les juges face à la législation sur le temps de travail. D'une façon plus générale, la question de la réduction du temps de travail ouvre toute une série de problématiques, on l'a vu, qui nécessitent une réponse urgente. En outre, certains se demandent si cette nouvelle législation n'est pas, au fond, que l'instrument d'une certaine politique législative.

## **D) LA LEGISLATION SUR LE TEMPS DE TRAVAIL, CHEVAL DE TROYE ?**

La loi Aubry a-t-elle vraiment changé l'état du droit social ? J-Y Kerbour'ch s'interroge sur ce fait. Pour lui, la loi Aubry n'arrive pas à masquer le malaise du législateur qui ne sait plus très bien à qui s'adresser pour tâcher de faire évoluer un peu la situation générale de l'emploi.

Il semblerait, explique l'auteur, que la question de la faiblesse des syndicats en France ait voulu être évitée ou contournée par la nouvelle législation sur le temps de travail. En effet, on l'a dit tantôt, en donnant de larges pouvoirs à la négociation collective, la question de cette dernière prend un nouveau tournant<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> Voir *supra*, I, temps de travail.

Ce constat est confirmé par d'autres auteurs, comme F. Gaudu, pour qui l'une des insuffisances majeures du droit du travail actuel est l'existence d'un trop faible nombre des syndiqués en France. L'incapacité des syndicats à élaborer un programme de réforme empêcherait l'augmentation des syndiqués. Ce constat s'inscrirait, pour l'auteur, dans l'incapacité générale du droit social à répondre à des nécessités concrètes. La faiblesse des syndicats ne contribue pas à faire bouger la situation actuelle. Aussi, pour F. Gaudu, le débat sur les 35 heures s'inscrit-il dans ce mouvement qui devrait pouvoir évoluer par l'action syndicale.

En outre, on risque de glisser vers une évaluation de la loi Aubry 1998 sur un plan économique. Suivant A. Jeammaud, une loi si ouvertement conçue avec l'espoir que le taux de chômage baisse de manière significative, sera nécessairement jugée à la lumière des chiffres de l'emploi et des coûts sociaux induits par le chômage. On retrouvera alors le redoutable problème de l'évaluation d'une politique sociale de l'emploi qui englobe un problème d'évaluation des instruments juridiques qui la réalisent.

Si le rôle des juges semble se trouver dans le débat doctrinal depuis longtemps et si la problématique liée à la réduction du temps de travail se présente avec acuité pour la majorité des auteurs, il n'en est pas de même de certains problèmes nouveaux qui surgissent dans la pratique et qui ne sont pas toujours clairement mis en lumière.

## **E. L'EXISTENCE DES NOUVEAUX PROBLEMES LIES A LA VIE ACTIVE**

Il convient ici de faire l'examen de deux questions. D'une part, celle liée à la présence de certains troubles qui atteignent actuellement les travailleurs et viennent sans doute perturber le droit social classique. Cette question appelle la prise en compte des nouvelles problématiques, et elle aboutit au nécessaire appel à la recherche des solutions dont celle d'une meilleure et plus complète formation de tous ceux qui ont des contacts avec le droit social (a). D'autre part, il faudrait examiner les questions qui permettent de déboucher sur l'ouverture du débat, toujours d'actualité, portant sur les éléments essentiels du droit du travail, dont la question de la subordination (b).

## **a) Les nouveaux troubles du droit du travail**

La présence des certains problèmes, comme la pénurie, le stress ou le harcèlement constituent autant d'interrogations à l'intérieur du monde du travail, dont le droit doit pouvoir tenir compte. La question qui se pose est de savoir comment le droit social peut prendre en charge ces interrogations. La résolution ou au moins le constat de ces problèmes et des perturbations qu'ils produisent ouvrent certainement le débat sur la formation des professionnels du droit, ainsi que des usagers et de leurs représentants.

## **b) Le débat sur la subordination**

La subordination ouvre aujourd'hui un débat qui soulève notamment la question de son élargissement. A. Supiot constate dans son récent rapport que la notion de subordination s'est élargie. La jurisprudence cherche l'existence du « lien de subordination » par un faisceau d'indices. Cette question ouvre le débat sur les frontières du salariat.

Plusieurs tendances sont en présence : l'une consiste à réduire le champ d'application du droit du travail ; l'autre, au contraire, l'élargit, par exemple du fait de l'apparition des nouvelles technologies et, par conséquent, de nouveaux modes de travail techniquement autonomes mais économiquement dépendants. On doit également retenir le critère qui consiste à substituer la subordination juridique par l'intégration à l'entreprise d'autrui (travail pour le compte d'autrui). Il s'agit en somme d'élargir le champ d'application du droit du travail.

Plusieurs modèles de l'entreprise « fordiste » sont en présence. On entend par cette dernière celle qui traditionnellement englobait tous les services qu'elle produisait ou fournissait. Tel est le cas des entreprises dépendantes. En effet, lorsque des entreprises font appel à des travailleurs extérieurs pour réduire les coûts sociaux et le volume des charges et de prises en charge, on procède par l'extériorisation des fonctions qualifiées. Ceci est possible grâce aux nouvelles technologies de la communication et de l'information ainsi qu'à l'évolution des techniques contractuelles qui permettent aujourd'hui de rendre transparent le fournisseur vis-vis de son client, éliminant ainsi les risques techniques inhérents à l'extériorisation ou sous-traitance (contrats normes ISO 9000 de qualité). Cette évolution pose un double problème : d'une part, le risque de fraude sociale (le fait de poser une société écran entre le travailleur et l'employeur), d'autre part, la dépendance économique du travailleur vis-

à-vis d'une autre entreprise. Cette situation se vérifie surtout dans les cas où la prestation concerne la main d'œuvre. C'est ici que la fraude devient possible<sup>100</sup>.

En outre, dans le domaine de la sous-traitance, plusieurs dispositions européennes s'attachent à définir les conditions de santé, de sécurité et d'hygiène. C'est le cas de la directive 92/57 du 27 juin 1992 sur les « chantiers temporaires et mobiles ». La loi française, dans son article L 235-2 et R 238-3 du Code du travail statue elle aussi sur ce point.

Le droit du travail ne s'applique donc qu'aux cas de subordination stricte. Or il serait opportun de l'étendre aux autres types de relation, notamment à tous les cas de dépendance économique. De ce fait, Sécurité sociale et droit du travail sont indissociablement liés et l'extension de la protection permettrait d'assurer une protection de base. Il faudrait ainsi éviter de créer un clivage entre travailleurs : ceux qui travaillent sous des contrats classiques et ceux qui ne bénéficient que d'une protection inférieure.

En outre, la dignité dans le travail et la dignité lors de l'obtention d'un emploi, la dignité de la personne, question très classique déjà présente dans le droit du XIXe siècle, revient avec force dans le débat sur la subordination. Pour que le droit du travail puisse remplir la fonction de cohésion sociale qui lui est attribuée, il faut qu'il s'étende au-delà des relations classiques de travail –aujourd'hui en déclin- et qu'il épouse l'évolution des formes d'organisation du travail.

A ce propos, il convient de présenter les deux courants qui semblent exister actuellement, au sein de la doctrine.

Un premier courant considère que le critère de la subordination est dépassé comme critère essentiel de définition du droit du travail. Le droit du travail classique serait également un droit dépassé et devrait céder la place à un droit de l'activité, plus convaincant à bien des égards, compte tenu de modifications lourdes : précarité dans le travail, alternance pour une même personne de périodes d'activité et de périodes de chômage, nécessité de prendre en compte juridiquement l'existence du travail indépendant etc.

Un deuxième courant, plus modéré, essaie de définir de nouvelles formes d'encadrement de la subordination sans négliger leur nécessaire évolution. Sans remettre en cause l'existence du critère de la subordination comme le plus apte à définir le travail, ce courant insiste sur la nécessité de prendre en compte l'existence des nouvelles formes de subordination liées à l'évolution du travail. Parmi les nouveaux domaines de la subordination,

---

<sup>100</sup> Législation en France : art L 125-1 Code du travail puis art L 125-3.

il convient de tenir compte du travail exercé à domicile ou dans des lieux extérieurs à l'entreprise pour lesquels le lien entre le travailleur et son employeur persiste grâce aux nouveaux modes de communication. On peut citer les téléphones portables, les ordinateurs avec les techniques d'internet, le courrier électronique et toutes les techniques qui font du travail un « appendice de l'immatériel ». Ces nouvelles modalités de travail, différentes du modèle taylorien, ne sont pas moins subordonnées de sorte qu'elles peuvent revêtir des modalités d'autant plus pénibles que la surveillance et la disponibilité du travailleur est encore plus lourde.

A partir de ces observations, trois points méritent un examen particulier.

Face à ces nouveaux modes de travail, la subordination classique semble faire place à une subordination plus pernicieuse. En deuxième lieu, les juges apprécient l'existence de ces formes de subordination et leurs effets pervers sur les relations employeur-travailleur et la pénibilité qu'elles entraînent. Enfin, la médecine du travail est en situation de se prononcer sur ces évolutions. Ces questions ne peuvent sans doute être posées que si on accepte que le droit social s'ouvre à d'autres disciplines.

A côté du débat sur la subordination qui pose au fond la grande question de la transformation des relations de travail vers laquelle nous nous dirigeons, d'autres questions viennent également se poser.

## **F. TRANSFORMATION DU TRAVAIL : TRAVAIL DES FEMMES ET FUTUR DU DROIT DU TRAVAIL**

Au cours des années 1970 plusieurs phénomènes sociaux convergent. On signale les prémices d'une nouvelle mutation productive, avec le poids croissant du secteur tertiaire par rapport au secteur industriel et l'émergence de nouvelles activités encore dépourvues de réglementation. On remarque aussi l'hétérogénéité croissante des structures familiales (comme la famille monoparentale, les familles recomposées, etc.), la formation plus élevée des femmes, leur présence croissante sur le marché du travail, le changement de la gestion domestique (crèches, hôpitaux, maisons de retraite).

Les structures d'organisation du travail n'ont toutefois pas changé et les femmes subissent souvent des journées doubles, faites de temps de travail rémunéré et de travail non rémunéré (difficilement qualifié comme véritable « travail »). Cette évolution institue des

formes atypiques de relations de travail et d'embauche. La femme, dans ce cadre, fait l'objet d'une discrimination. Ce problème s'aggrave lorsque la femme exerce ses fonctions reproductives. Le problème central réside dans la recherche et la découverte de mécanismes susceptibles de rendre la maternité compatible avec son retour au monde du travail. Comment faciliter leur réinsertion sans perdre la continuité ?<sup>101</sup>

C'est dans une perspective d'ouverture à des nouvelles problématiques que la question cruciale de l'emploi et de la continuité dans l'activité doit être posée.

## **G. EMPLOI, ACTIVITE ET FORMATION**

La question de l'emploi occupe un espace significatif dans les débats actuels qui traversent tout le domaine du droit social. Comme le suggère le rapport Supiot<sup>102</sup> il s'agit d'un problème qui mérite les plus larges réflexions. Mais il ne s'agit pas dans ces pages d'exposer l'éventail des solutions proposés pour lutter contre l'instabilité de l'emploi. Il convient surtout d'illustrer l'ampleur du débat par l'examen de trois questions liées, au débat sur l'emploi. La question du statut professionnel sera examinée dans un premier temps (a). Elle nous permettra de mieux envisager la question de l'activité (b). Nous serons ainsi en mesure d'aborder quelques réflexions doctrinales sur l'emploi (c).

### **a) Travail et statut professionnel**

L'équation classique du droit du travail, subordination et statut professionnel en échange de sécurité que certains tiennent pour acquise, ne tient plus dans la mesure où les entreprises tendent à exiger des formations, de plus en plus poussées, de performances tout en offrant de moins en moins de sécurité.

Toutefois, compte tenu de l'importance prise par le travail temporaire -notamment sous la forme des contrats à durée déterminée ou contrats d'intérimaires- la question du statut professionnel se pose dans des termes différents. Dans ce sens, le rapport Supiot tente de « déceler l'émergence de droits et de catégories juridiques nouvelles, qui sont autant de signes

---

<sup>101</sup> Un exemple peut être donné par l'arrêt Kalanke du CJCE, 17 oct 1995, aff C-450/93. Puis l'arrêt Marschall CJCE, 11 nov 1997, aff C-409/95. (en gral p. 250 et s).

de la gestation d'un statut des travailleurs qui ne repose plus sur la détention d'un emploi, mais sur la continuité d'un état professionnel au-delà de la diversité d'emplois occupés »<sup>103</sup>. Ceci peut se produire dans trois occasions : dans les cas de recherche d'emploi -soit le premier emploi soit un changement- ; dans l'hypothèse d'une discontinuité dans l'emploi - pour transformation ou modification de l'emploi ou parce qu'il y a précarité- ; puis, enfin, dans le cas de suppression d'emploi -licenciement- et donc de reclassement.

Afin de compléter ce point, deux questions doivent encore être abordées : celle de la notion d'activité par rapport à celle d'emploi, puis celle des moyens juridiques de lutte contre l'instabilité de l'emploi. Dans ce domaine, le thème de la formation occupe une place notable dans le débat.

## **b) La notion d'activité : quelques propositions**

La notion d'activité présente un double aspect à la lumière des plus récentes analyses doctrinales. L'activité est envisagée par certains comme une troisième voie qui permettrait d'en finir avec l'opposition classique entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée (1). La notion d'activité se présente également comme une alternative à la résolution du problème de la continuité du travail et de l'emploi (2).

### **b.1. La fin d'une dichotomie classique**

Les auteurs du rapport « Boissonnat » sont les premiers à remettre en cause la distinction entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée. Ils proposent un contrat d'activité conclu entre un salarié et un collectif d'entreprises qui devait s'inscrire dans des limites pluriannuelles à l'intérieur desquelles se seraient succédé des sous-contrats de travail, de formation professionnelle, des congés d'utilité économique et sociale etc. Ces propositions, sans doute innovantes, n'ont pas eu de suite en droit positif.

Du côté de la doctrine, plusieurs auteurs se sont efforcés de présenter la notion d'activité du point de vue d'un nouveau statut dans les rapports entre le travailleur salarié et son employeur. Ils proposent une figure intermédiaire qui rappellerait une certaine continuité dans la vie active et ce malgré les changements d'emploi ou les périodes de chômage ou de

---

<sup>102</sup> Rapport cit *supra*.

<sup>103</sup> Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport dir A. Supiot, p. 90 et s.

non-emploi au sens classique du terme. Ce sont ces propositions qu'il convient désormais d'aborder.

## **b.2. Activité et continuité du travail**

Il s'agit ici d'aborder la problématique de la différence et de la compatibilité entre emploi et activité non rémunéré ou non marchande<sup>104</sup>.

Suivant A. Supiot<sup>105</sup>, la seule notion qui déborde l'emploi sans englober la vie toute entière est la notion de travail, et c'est donc la seule qui puisse fonder un état professionnel.

Le travail se distingue de l'activité en ce qu'il répond à une obligation, que cette dernière soit volontairement souscrite ou légalement imposée. Il faut et il suffit qu'à un engagement d'agir soient attachés des effets de droit, pour que cette action puisse être qualifiée de travail. Il y aurait donc quatre cercles du droit du travail selon que l'on rattache le travail à la protection sociale ou que l'on sépare les deux, laissant que les lois du marché remplissent ce que les minima sociaux ne rempliraient pas. Il y aurait enfin un dernier critère selon qu'on tienne compte de la confusion entre travail et emploi.

Le premier cercle comprend les droits sociaux « universels », c'est-à-dire certains droits sociaux valables pour tous et les droits à la formation professionnelle.

Le deuxième cercle serait formé par les droits fondés sur le travail non professionnel (bénévolat, charge de la personne d'autrui, formation de soi-même).

Le troisième cercle est celui de ce qu'on pourrait appeler le droit commun de l'activité professionnelle, certains textes communautaires en hygiène et sécurité par exemple.

Enfin, le quatrième cercle est celui du droit du salarié (l'emploi classique).

Les nouvelles propositions tendent à décloisonner les cercles dans la mesure du possible. Il y aurait ainsi les droits de tirage sociaux. Ces droits doivent pouvoir faciliter le passage d'un type de travail à un autre afin d'éviter les risques d'enfermement dans une situation de travail donnée. Une observation fine du droit positif montre l'émergence d'une figure juridique différente, celle du travailleur en droit de passer d'une situation de travail à une autre.

---

<sup>104</sup>A. Supiot, in « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr Soc*, 1997, p. 229 ; Th. Priestley, « A propos du « contrat d'activité », *Dr Soc*, 1995, p. 955 ; F. Gaudu, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr Soc*, 1995, p. 535

<sup>105</sup> Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport dir A. Supiot, p. 90 et s.

Par exemple, le crédit d'heures accordé à des travailleurs titulaires d'un mandat d'intérêt collectif. On songe également au crédit-formation, les comptes épargne-temps, les aides aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise. On assiste ici à l'apparition d'un nouveau type des droits sociaux, qui se réfèrent au travail en général (travail dans la sphère familiale, travail de formation, travail bénévole, travail indépendant, travail d'utilité publique etc.). L'exercice de ces droits est tenu dans les limites d'une créance antérieurement constituée, mais leur réalisation relève d'une libre décision de leur titulaire et non pas de l'apparition d'un risque.

Pourquoi qualifier ces dispositions de droits « de tirage » ? Parce que leur réalisation dépend d'une double condition : la constitution d'une provision suffisante, et la décision de leur titulaire d'user de cette provision. Ils sont sociaux aussi bien dans leur mode de constitution que dans leur objet<sup>106</sup>.

Ils permettent une libération du temps car le problème du temps et de la continuité dans le statut professionnel se pose différemment dans ces cas. Pris dans le cadre d'un contrat de travail, ce temps peut être assimilé à du temps de travail pour tous les avantages liés à la continuité du contrat. Ils permettent également le financement d'un travail hors-marché. Il existe ainsi une sorte de co-financement : par l'État, par la Sécurité Sociale, par des organismes paritaires de mutualisation, par les entreprises, ou par le travailleur lui-même.

Manquant cependant à cet ensemble hétérogène des dispositions, un cadre cohérent qui tirerait toutes les conséquences des principes de continuité et de mobilité de l'état professionnel des personnes. La notion d'employé, de subordination à temps plein et à durée indéterminée ne sont pas des figures uniques. On peut très bien distinguer une autre figure dans l'univers du droit du travail, celle qui concilie sécurité et liberté. Telles sont les propositions du rapport Supiot. Mais elles ne sont pas les seules dans ce domaine.

De son côté F. Gaudu, explique que la notion de travail recoupe aussi les « activités non salariées » ou qui sont hors du marché<sup>107</sup>. La notion d'activité vise plutôt à celle qui est accomplie contre une rémunération. Cela étant, il peut exister dans le contrat de travail des activités qui lui sont étrangères telle la formation, telle la recherche ou l'enseignement, qui prennent la forme de congés spéciaux ou qui s'insèrent dans le « compte épargne-temps » (art L 227-1 et art L 932-2 ). On peut encore imaginer, suivant l'auteur, que à l'occasion des

---

<sup>106</sup> Voir rapport A. Supiot cit, p. 91.

<sup>107</sup> F. Gaudu, « Travail et activité », in *Le travail en perspectives*, Colloque Maison des Sciences de l'homme, Ange Guépin, Nantes, 1996, p. 589.

licenciements ou des fins des contrats, les salariés, afin de pouvoir être reclassés (nouvelle formation) ou afin de continuer une occupation après l'âge de la retraite (activité bénévoles, sociales etc.), exercent une activité sous des formes également hors travail salarié *stricto sensu*, ou encore hors marché du travail.

On identifie également des situations où une activité est venue s'insérer qui ne peut prendre la nomination de contrat de travail. C'est le cas des emplois solidarité lesquels, afin d'éviter des fraudes et dans la mesure où les charges sociales ne sont pas assumées par l'entrepreneur mais par la collectivité, un travail réel se cache derrière un faux contrat de travail.

Il existe donc, dans le cadre du travail d'activité non salarié classiquement parlant, un travail qu'on appelle « activité » qui est ainsi situé hors contrat de travail.

Enfin, il peut y avoir du travail classiquement énoncé dans l'activité. Ainsi, dans les activités non encadrées par un contrat de travail « classique » peuvent apparaître des formules tendant à rapprocher l'activité du contrat, plus stable etc. C'est le cas des contrats dans le cadre des groupements d'intérêt public par exemple.

On peut ainsi conclure que l'évolution des techniques contractuelles traduit le fait que la politique de l'emploi a dorénavant pour objet le développement de l'activité, et non seulement du travail salarié. Comment alors sont envisagés travail et activité sous l'angle de la politique de l'emploi ?

### **c) L'emploi**

Il faut échapper à l'emprise de la notion « d'emploi » dans notre conception de l'état professionnel des personnes d'après le rapport Supiot. Cette notion, rejette toutes les formes non marchandes de travail. Elle s'est élaborée par opposition à celle de travail indépendant ou public/ privé. Le travail fait l'objet d'échange et il constitue donc l'objet du contrat. La difficulté consiste à prendre en compte l'état professionnel des personnes pour embrasser la diversité actuelle des formes de travail. Les formes non marchandes sont vitales : la sphère domestique, par exemple. On le voit, le débat est vaste. Aussi convient-il de l'aborder en mettant en avant premièrement les discussions autour de la précarité de l'emploi puis, en deuxième lieu, celle de la formation des salariés.

### **c.1 Les discussions sur l'emploi**

La question de l'emploi se présente fondamentalement sous deux aspects : la prévention et la lutte contre l'instabilité ou la précarité.

J-Y Kerbourc'h développe une vision juridique de la lutte contre l'instabilité de l'emploi qui éclaire d'un jour nouveau ces questions<sup>108</sup>. L'auteur montre que certaines évolutions du droit social offrent des moyens de lutte efficace contre l'instabilité de l'emploi. Partant des différentes relations de travail possibles (à durée indéterminée ou à durée déterminée), il s'agit de voir par quels moyens le droit a essayé de palier les conséquences fâcheuses dérivées de leur rupture. Aussi, les relations de travail à durée déterminée ne présentent-elles pas moins de dispositifs favorables pour la lutte contre le chômage que les relations à durée indéterminée. La lutte contre l'instabilité de l'emploi à durée limitée se traduit également par des approches originales et des innovations juridiques inaperçues.

S'agissant des relations à durée indéterminée et dans le cadre des licenciements pour motif économique, l'auteur analyse les mesures qui sont prises afin de palier les effets négatifs des licenciements pour motif économique. La technique du reclassement est, pour l'auteur, un moyen efficace de lutte contre l'instabilité de l'emploi<sup>109</sup>. De même, les mesures tendant à la formation des travailleurs afin de mieux s'adapter aux évolutions de l'entreprise jouent un rôle important. Mais ces mesures doivent être accompagnées d'une certaine effectivité, voire d'un contrôle judiciaire, qui n'est pas toujours évident.

Ces propositions, qui illustrent bien que le droit social compte parmi ses mécanismes des instruments suffisants pour lutter contre l'instabilité de l'emploi, n'en restent pas moins au niveau de la déclaration d'intentions.

Ces mesures pourraient également être étendues au licenciement pour motifs personnels. En effet, dans la mesure où nombre des licenciements pour motifs personnels dérivent de l'inadaptabilité du salarié à son poste de travail, il n'y a pas de raison de ne pas élargir l'obligation de reclassement et de formation à ce type de licenciements. Il convient d'approfondir cette voie afin de vérifier sa véritable efficacité.

---

<sup>108</sup> J-Y Kerbourc'h, « Les aspects juridiques de la lutte contre l'instabilité de l'emploi », (sous presse).

<sup>109</sup> A. Lyon-Caen, « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Sem Soc Lamy*, n° 596, 21 avr 1992, p. 3-4.

Pour J-Y Kerbourc'h le droit formule des propositions favorables au retour à l'emploi. Ainsi, se trouvent parmi les plus importantes, la priorité d'emploi ou de réembauchage et certains congés qui sont évaluées comme des véritables continuités professionnelles<sup>110</sup>.

Les contrats à durée déterminée sont affectés par les mesures tendant à favoriser la stabilité de l'emploi, la rigueur des cas de recours, l'irrévocabilité des contrats, l'intervention d'un tiers dans la relation de travail. Il s'agit de nouvelles formes d'emploi comportant un tiers-employeur. Elles ont successivement concerné le travail temporaire et de nouvelles formes de relations professionnelles comme celles mettant en rapport l'Etat, les entreprises et le salarié. On pense aux contrats dits « aidés », tel le contrat emploi-solidarité, le contrat de qualification, ou le contrat d'adaptation.

Ces questions méritent réflexion d'autant qu'elles permettent de faire le lien entre l'emploi, la formation et le reclassement des salariés. On voit poindre l'embryon d'un droit à la formation continue, qui permet au salarié de faire face, sans risque de licenciement, à l'adaptation aux mutations économiques de l'entreprise.

Mais il ne faut pas perdre de vue l'essentiel. Le salarié doit pouvoir exister comme personne avant d'exister comme travailleur. La question de la formation vient se poser alors de façon essentielle.

## **c.2. Formation et travail**

La question de la formation du travailleur est posée à la lumière de deux aspects fondamentaux. Il s'agit de l'adaptation du salarié à son emploi et aux évolutions de l'entreprise et de l'évaluation du temps de travail et de formation qui n'entament pas le temps pour soi. Dans cette perspective, les entreprises peuvent également assumer le rôle de formatrices.

S'agissant de la formation du salarié, on doit surtout l'envisager comme un droit. Il s'agit, d'un droit individuel transférable et garanti collectivement. Plusieurs travaux ont mis en lumière l'évolution de ce droit qui apporte de nouvelles solutions à la précarité de l'emploi<sup>111</sup>. Certains projets sont en préparation pour construire ce droit comme un droit de tirage social. Il faudrait ainsi d'abord signaler le devoir d'adaptation des salariés à leur emploi qui a une incidence directe, on l'a vu, sur les modifications du contrat de travail.

---

<sup>110</sup> Sur ce point, J-Y Kerbourc'h cit, p. 18.

<sup>111</sup> Ainsi le rapport de A. Supiot cit ; F. Gaudu art cit.

En outre, on peut parler d'un droit plus général à la formation professionnelle continue dont le financement est mutualisé. Il pourrait être construit<sup>112</sup>, dans le cadre d'un CIF rénové, en mutualisant de réserves de temps et des financements de l'employeur<sup>113</sup>. Enfin, se pose la question des jeunes qui n'ont pas encore acquis de droit à la formation et qu'il faudra probablement traiter de façon spécifique. Le rapport « Minima sociaux, revenus d'activité, précarité »<sup>114</sup> fait des propositions intéressantes de crédit de formation, spécialement abondé par la collectivité pour ceux qui n'ont pas poursuivi des études longues.

En deuxième lieu, se pose la question de savoir si, après la réduction du temps de travail, le salarié qui veut se former doit le faire sur son temps libre ou sur son temps de travail<sup>115</sup>. La loi Aubry tente, tant bien que mal, de tracer une frontière en distinguant selon le type de formation mise en œuvre, la formation professionnelle continue comme partie intégrante du temps de travail effectif et la formation professionnelle basculée sur le temps libre.

Le nouvel article L 932-2 1<sup>er</sup> reconnaît que certaines formations constituent un temps de travail effectif. L'employeur a une obligation générale de formation. Mais la notion de temps effectif de travail peut prendre une forme élargie. Les pauses en sont exclues. Il n'est fait référence que au « travail productif ».

Il est intéressant également de se pencher sur le fait que les entreprises ont de plus en plus tendance à être considérées non seulement comme des « productrices » mais aussi comme « formatrices ».

Enfin, on peut ainsi citer les subventions à l'emploi. Mais les politiques de subvention directe de l'emploi sur le marché du travail ont révélé aujourd'hui leurs effets pervers et leur inefficacité pour réduire durablement le chômage. D'ailleurs et à terme, les aides publiques pourraient se révéler contraires au droit communautaire de la concurrence<sup>116</sup>.

Si le droit du travail propose des solutions contre la perte d'emploi et en générale la précarité du travail, le droit social dans son ensemble envisage lui aussi ce sujet.

---

<sup>112</sup> M-L Morin, art cit p. 735.

<sup>113</sup> A. Gauron, « La formation tout au long de la vie, une prospective économique », rapport au CEA, 2000.

<sup>114</sup> Voir Droit Social, n° spécial, Minima sociaux, revenus d'activité, précarité, n° 7-8, 2000.

<sup>115</sup> Nicole Maggi-Germain, « L'articulation temps de travail/formation professionnelle continue après la loi Aubry II », Dr Soc sept-oct 2000, n° 9/10, p. 858-864.

<sup>116</sup> Voir A. Lyon-Caen, note sous CJCE, 26 sept 1996, Dr Soc 1997, p. 185

## **E. L'AVENIR DE LA SECURITE SOCIALE ET LA LUTTE CONTRE LA PRECARITE**

Deux grandes questions se posent à l'heure actuelle : l'avenir de la sécurité sociale et sa place face au problème de l'emploi (a) puis celle de la lutte contre la précarité (b).

### **a) L'avenir de la Sécurité sociale et les problèmes de l'emploi**

Plusieurs auteurs spécialisés dans le droit de la Sécurité sociale s'interrogent sur l'avenir du système de solidarité, pierre angulaire de l'assurance sociale. D'autres mettent en valeur le rôle de la Sécurité sociale, par rapport au problème de l'emploi.

Ainsi J-J Dupeyroux analysant la crise traversée par le système de Sécurité sociale constate qu'il serait intéressant de débattre sur la solidarité nationales que d'aucuns tiennent pour dépassée<sup>117</sup>. Le rejet de toute solidarité serait, pour l'auteur, la solution miracle attendue par certains acteurs.

D'autres auteurs, adoptent également le sévère diagnostic qui a été fait et dénoncent l'incapacité du système à maîtriser ses dépenses. Toutefois, il ne faut pas négliger, d'après C. Zaidman, le rôle que la Sécurité sociale a joué et joue encore dans la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale<sup>118</sup>. C'est pourquoi, l'un des objectifs essentiels, consisterait aujourd'hui à pouvoir faire le bilan des activités de la Sécurité sociale en essayant de relativiser les difficultés financières.

Une analyse détaillée des effets macro-économiques des différents modes de financement montre que, par rapport aux prélèvements sur les entreprises ou sur les consommateurs par l'intermédiaire de la TVA, les prélèvements directs sur les ménages sont moins pénalisants pour la croissance de l'emploi.

C. Zaidman, affirme que, dans ce contexte, seule une mobilisation générale en faveur de l'emploi pourrait concilier les objectifs en apparence inconciliables, d'une « sortie par le haut » et d'un développement d'emplois et de services à faible productivité. Cette mobilisation prendrait plusieurs formes. Il faudrait ainsi engager un débat national sur les

---

<sup>117</sup> J-J Dupeyroux, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », Dr Soc n° 9-10, p. 713.

choix à opérer en termes de dépenses publiques et à rechercher l'efficacité du système de la Sécurité sociale.

On doit ainsi constater l'existence de turbulences autour de l'assurance maladie dont l'établissement d'un règlement conventionnel minimal. Aussi, depuis 1997, la question de la portée des conventions nationales conclues entre l'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux est posée. En effet, et suite à l'annulation par le Conseil d'Etat des conventions médicales des spécialistes et des généralistes (Déc 28 juin et 3 juillet 1998), le gouvernement a adopté un règlement conventionnel minimal.

Sur un tout autre terrain, il conviendrait d'infléchir les comportements des partenaires sociaux sur l'emploi.

La recherche d'une plus grande équité par le contrôle de la dépense ne s'oppose pas à certaines propositions visant à réformer l'assiette du financement. La première loi sur le financement de la Sécurité sociale de 1997 semblait répondre à ces espoirs. Toutefois, comme la doctrine en convient, l'heure est au bilan et il faut ainsi, sans tarder, interroger l'avenir de ces questions.

S'agissant de la fin d'une solidarité, on rappellera avec J-J Dupeyroux, afin d'en finir avec cette panique ultra-libérale, les efforts qui ont été accomplis pour tenter de donner un peu plus de cohérence au système de protection sociale. Les cotisations maladie et famille ont subi divers dé plafonnements de même que un important réseau de revenus minima constitue un filet de protection qui permet à des milliers des personnes d'échapper à la pauvreté.

Ainsi la substitution de la CSG à une fraction des cotisations sociales est allée dans le sens d'une plus grande équité. C'est également le cas de la création d'un fonds de solidarité vieillesse puis maladie. Cependant beaucoup reste à faire, notamment sur deux plans différents qui s'entrecroisent : celui de la « fracture sociale » et celui de l'assurance maladie. La question de la solidarité est ainsi une fois encore au premier plan. D'après J-J Dupeyroux, on n'échappera donc pas à un débat de fond.

Certaines dispositions normatives telle la loi Madelin, avaient pour objectif de favoriser l'extension de la prévoyance privée dans de nouveaux milieux professionnels.

Un courant doctrinal semble pencher pour une remise en cause du système actuel de la Sécurité sociale notamment en ce qui concerne le régime d'assurance vieillesse. C'est ainsi

---

<sup>118</sup> C. Zaidman, « Les grandes questions », Dr Soc n° 9-10, 1995, p. 723.

par exemple que J-Y Kerbourc'h estime qu'une capitalisation du système de retraites serait, à la longue, plus favorable aux travailleurs et répondrait mieux, au problème du vieillissement de la population. Un bouleversement radical du système actuel de rente par rapport à un système de capitalisation réglerait les problèmes de trésorerie mais changerait l'esprit de solidarité qui a donné vie au système de Sécurité sociale. Dans ce processus de changement, les voies proposées penchent le plus souvent pour une privatisation des institutions gestionnaires des capitaux. La charge d'une telle gestion reviendrait, en effet, trop lourde pour l'Etat qui serait obligé d'adopter des modalités de gestion bancaire ou des compagnies d'assurance.

Reste, qu'une telle proposition instaurerait un système de dissymétrie entre les divers organismes privés de gestion de capitaux. Dans ce cas, toute ressemblance avec un système de solidarité serait une pure coïncidence.

Pour essayer de répondre à certaines de ces questions des études récentes visent surtout à doter l'administration d'instruments pour lutter contre la précarité.

## **b) La lutte contre la précarité**

En ce qui concerne la lutte contre la précarité, le document essentiel demeure le rapport du Commissariat général du Plan « Minima sociaux, revenus d'activité, précarité ». Le rapport porte des propositions pour lutter contre la précarité. Selon M-L Morin, après vingt cinq ans de mutation économique, les transformations du travail ont fortement ébranlé le système français de protection sociale fondé sur la stabilité dans l'emploi<sup>119</sup>. Le système de protection sociale est aujourd'hui décalé dans la mesure où il est intégré dans le régime du contrat de travail. De ce fait, il permet d'appréhender la diversité renouvelée des situations d'emploi ou des trajectoires professionnelles marquées par la discontinuité ou l'alternance entre formation et travail, travail salarié et non salarié. Ce décalage, contribue au creusement des inégalités et de la précarité. Aussi, l'un des problèmes majeurs est de savoir si la croissance retrouvée et la décroissance du chômage permettront de résorber cette précarité ou si elle est le fruit d'un changement du régime d'emploi qui nécessite des adaptations du modèle social français.

---

<sup>119</sup> M-L Morin, « Partage des risques et responsabilité de l'emploi. Contribution au débat sur la réforme du droit du travail », Dr Soc, n° 7-8, 2000, p. 730.

Des nouvelles formes de solidarité doivent être reconstruites en évitant que la mobilité professionnelle (caractérisant le nouveau modèle de travail) ne se transforme en précarité au détriment des plus fragiles ou des moins qualifiés.

Il reste qu'un certain nombre de difficultés liées à l'actuelle évolution du droit social, doivent, aux yeux de certains auteurs, pouvoir se résoudre en faisant appel à la coordination du droit social avec d'autres droits.

## **F. LA NECESSAIRE ARTICULATION DU DROIT SOCIAL AVEC D'AUTRES DROITS**

Il serait ainsi utile de proposer une étude élargie du droit social ayant pour but de l'associer à d'autres droits. De ce fait, bien que le droit social ait atteint, non sans peine, le statut de branche indépendante du droit, cette qualité ne sera pas amoindrie si l'on reconnaît les effets salutaires de la prise en compte de perspectives plus larges.

Le droit social ne peut être aisément séparé de l'étude du droit des sociétés, du droit boursier, du droit de la propriété industrielle et intellectuelle. Ces questions concernent autant les salaires que la qualification du travailleur (indépendant, subordonné), ainsi que le régime applicable aux licenciements ou encore la représentation des travailleurs.

Il convient de tenir compte de l'influence du phénomène des fusions d'entreprises, de la création de groupes de sociétés et de l'avènement de structures complexes, phénomènes qui contribuent à diversifier le salariat. Il ne faut toutefois pas oublier les situations auxquelles aboutit l'application aux salariés du régime du règlement des entreprises en difficulté.

Dans cette perspective, le décloisonnement de ces différents domaines est devenu impératif.

## CONCLUSION

Le thème de la crise du droit social se trouve au cœur du questionnement sur son avenir. En effet, les formes classiques de travail, de représentation et de protection sont ébranlées par la recherche de l'efficacité, de la flexibilité et de la lutte contre le chômage. Le droit social traverse sans doute une crise mais celle-ci est moins liée à l'apparition de nouvelles formes ou de catégories nouvelles qu'au fait qu'il risque de délaisser le travailleur l'abandonnant de plus en plus aux lois du marché.

C'est pourquoi, les différents auteurs analysent chacun à sa manière l'apparition de ces nouvelles catégories. Pour les uns, il s'agit d'une réponse inévitable aux changements socio-économiques. Pour les autres, il s'agit des perturbations dues aux problèmes posés par ces changements.

L'apparition des nouveaux rapports de travail et d'une nouvelle organisation, risquent de provoquer une fracture dans le droit social. Il convient de trouver le moyen de palier les effets nocifs de ces nouvelles formes pour le travailleur (notamment l'insécurité, l'instabilité, l'amointrissement de la protection) tout en acceptant les changements inévitables sur le temps, l'organisation et les pluralités contractuelles.

Ce rapport signale l'émergence des dangers qui court le droit social et indique les voies de leur maîtrise à travers les différentes propositions émises par divers spécialistes consultés.

Les questions énoncées au début de ce rapport, comme étant celles qui traversent tout le droit social aujourd'hui ne cessent de hanter la doctrine et la jurisprudence qui s'efforcent de trouver des solutions nouvelles. Ainsi, l'instabilité dans l'emploi et l'augmentation du chômage, puis la course à la compétitivité économique des entreprises (que traduit la diversification de techniques contractuelles, des nouveaux modes de subordination, puis l'apparition des nouvelles normes paraétatiques) contraignent le droit social, et surtout le droit du travail, à s'adapter. L'analyse de ces questions montre que l'évolution actuelle du droit social se présente sous la forme des problématiques apparemment autonomes, qui s'enchaînent nécessairement et permettent de faire le lien entre les différents aspects de la matière. C'est pourquoi, une étude prospective qui aurait pour ambition de donner une vision

globalisante de la matière ne peut être réalisée, à notre sens, que si l'on tient compte du fait qu'il devient indispensable de coordonner et de mettre en relation cette diversité d'analyses.

## TABLE DE MATIERES

<b>Introduction</b> .....	p. 4
<b>I. Grands thèmes</b> .....	p. 7
A. L'activité judiciaire.....	p.8
a) L'engorgement des juridictions judiciaires.....	p. 8
b) Le travail de la Cour de cassation.....	p. 9
B. Nouvelles formes de régulation.....	p. 10
C. Le contrat de travail.....	p. 11
a) Modifications contractuelles, pouvoir de l'employeur, volonté du travailleur...p.	13
a.1) Modifications non-substantielles .....	p. 13
a.2) Modifications pouvant être considérées substantielles.....	p. 13
b) Détermination de la sphère contractuelle.....	p. 17
c) Vie privée et contrat de travail.....	p. 20
D. Vie privée, vie professionnelle : évolution d'un concept.....	p. 20
a) Les frontières entre la vie personnelle et la vie professionnelle.....	p.21
E. Le Licenciement.....	p. 22
a) Licenciement et emploi.....	p. 23
b) Les évolutions du droit du licenciement.....	p. 23
b.1 Le travail judiciaire.....	p. 24
b.2 Les points faibles du droit du licenciement.....	p. 24
c) La définition du licenciement et la distinction entre les causes personnelles et les causes économiques.....	p. 25
d) Causes personnelles.....	p. 26
e) Le cas particulier du licenciement économique.....	p. 27
e.1 Le licenciement économique : évolution.....	p. 27
e.2 La notion de motif économique.....	p. 29
e.3 Les grands et les petits licenciements économiques.....	p. 31
e.4 Les plans sociaux.....	p. 33
F. Le temps de travail.....	p. 38
a) A propos des nouveaux temps.....	p. 39
b) Quelques réflexions doctrinales préliminaires.....	p. 40

c) La durée du travail et le travail effectif.....	p. 42
d) Réduction du temps.....	p. 42
e) Le droit au repos.....	p. 44
G. La négociation collective.....	p. 45
a) Travail et organisation collective.....	p. 45
b) Représentation du salarié et représentation syndicale.....	p. 46
c) La nécessaire représentativité.....	p. 48
d) Elargissement du champ d'application des négociations collectives.....	p. 50
<b>II. Nouvelles perspectives.....</b>	<b>p. 52</b>
A Relations individuelles.....	p. 52
a) Protection de la personne, protection du travailleur.....	p. 52
b) La notion d'intérêt de l'entreprise.....	p. 53
B Relations collectives.....	p. 55
a) La représentation.....	p. 55
a.1 Représentation et légitimité.....	p. 56
a.2 Représentation externe ou interne.....	p. 56
a.3 Action en substitution et syndicats.....	p. 57
b) La formation des représentants des salariés.....	p. 58
c) La figure du médiateur.....	p. 59
d) L'Etat existe-t-il encore ?.....	p. 59
e) L'insuffisance des syndicats : quelques réflexions.....	p. 60
f) Les accords majoritaires après la loi Aubry.....	p. 61
C. Le rôle et la place des juridictions judiciaires : évolution.....	p. 62
a) Utilisation des standards et évolution du droit.....	p. 62
b) Mise en œuvre du droit social.....	p. 63
c) Le juge français, la constitution et le droit communautaire.....	p. 63
D. La législation sur le temps de travail : cheval de Troie ?.....	p. 64
E. L'existence des nouveaux problèmes liés à la vie active.....	p. 65
a) Les nouveau troubles du droit du travail.....	p. 66
b) Le débat sur la subordination.....	p. 66
F. Transformation du travail : travail des femmes et futur du droit du travail...p.	68
G. Emploi, activité et formation.....	p. 69
a) Travail et statut professionnel.....	p. 69
b) La notion d'activité : quelques propositions.....	p. 70

b.1) La fin d'une dichotomie classique.....	p. 71
b.2) Activité et continuité du travail.....	p. 73
c) L'emploi.....	p. 74
c.1) Les discussions autour de l'emploi.....	p. 75
c.2) Formation et travail.....	p. 75
E. L'avenir de la Sécurité sociale et la lutte contre la précarité.....	p. 77
a) L'avenir de la Sécurité sociale.....	p. 77
b) La lutte contre la précarité.....	p. 79
F. La nécessaire articulation du droit social avec d'autres droits.....	p. 80
Conclusion.....	p. 81
Table des matières.....	p. 83
Bibliographie.....	p. 86

## BIBLIOGRAPHIE

- Abagel (D),

- Les cadres, la négociation collective et la réduction du temps de travail, Mémoire de DESS, Paris II, 1999.

- Alma-Delettre (S),

- « Emploi et contrat : l'irrésistible ascension des techniques contractuelle au service de l'emploi », Petites Affiches 10 août 1999, p. 10.

- Antonmattei (P-H),

- Conventions et accords collectifs de travail, Paris, Dalloz, 1986.

- « Les éléments du contrat de travail », Dr soc 1999, p. 330

- « Durée du travail : la Cour de cassation conserve « la main » », RJS 6/99, p. 475.

- Association Santé et médecine du travail, Des médecins du travail prennent la parole, Paris, Syros, 1998.

- Aubrey (Y),

- « Le concept légal d'avantages individuels acquis », RJS, n° 11, 2000, p. 699

- Barbereaux (Ch),

- « L'exercice du droit d'opposition à un accord d'entreprise dérogatoire : quelle majorité ? », RJS n° 1, 1999, p. 3

- Baron (F),

- « Marché intérieur et droit social dans l'union européenne », Presses universitaires Aix-Marseille 1998.
- Barthélemy (J),
  - et associés, Droit social français, l'année 1997, Paris, Litec, 1997.
  - Droit de la durée du travail, 2<sup>e</sup> édit, Paris, Litec, 1998.
- Beaujolin,
  - « Les vertiges de l'emploi », Paris, Grasset, 1999
- Bélier (G),
  - « Les novations dans le droit de la négociation collective », Dr Soc, 1999, p. 1014.
- Berthon (K),
  - coll Masselot (A), « Egalité de traitement et maternité. Jurisprudence récente de la CJCE », Dr Soc 1999, p. 942.
- Besucco (N),
  - Aménagement du temps de travail et négociation collective, Thèse Paris-X-Nanterre, 1991.
- Bonneau (T),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
- Borenfreud (G),
  - « Pouvoir de représentation et négociation collective », Dr Soc, n° 12, 1997, p. 1006.
- Bouariz (P),
  - « Harcèlement moral dans les relations de travail », Dr Ouvrier 2000, p. 209.
- Boubli (B),
  - « Modification du contrat de travail et licenciement économique », Gaz Pal 17 août 1999, p. 263.

- Boulmier,

- « La notion de motif économique », Dr ouvrier 1997, p. 406.

- Bue (J),

- coll Rougerie (C), « L'organisation du travail : entre contrainte et initiative »,  
Premières informations et premières synthèses, 1999, n° 27.1

- Buy (M),

- Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-  
en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996

- Cahier travail et emploi, « L'alternance : enjeux et débats », Paris la Documentation  
française, 1996.

- Canaple (M),

- « Les incidences de la requalification du contrat à durée déterminée : bilan et  
perspectives », SSL 27 septembre et 4 octobre 1999, p. 7.

- Carles (M),

- « L'unité économique et sociale ou comment adapter la représentation du personnel à  
la structure de l'entreprise », Dr ouvr 1999, p. 263.

- Carre (S),

- « L'articulation des activités non professionnelles et de l'emploi : entre rivalité et  
complémentarité », Dr ouvr, nov 2000, p. 471.

- Cezard (M),

- coll Hamon-Cholet (S), « Travail et charge mentale », Premières informations et  
premières synthèses, 1999, n° 27.1.

- Chalaron (Y),

- « Négociation, convention collective », Jurisclasseur travail, fasc 1-38, 2000.

- Charbonneau (C),

- « De la femme à la mère, la discrimination positive en droit du travail », Les Cahiers sociaux du Barreaux de Paris, n° 121, juin 2000, p. 582.
- Chatzis (K),
  - L'autonomie dans les organisations. Quoi de neuf ?, Paris, L'Harmattan, 1999.
- Clavel-Fauquenot (M-F),
  - Le droit syndical, Liaisons, Rueil Malmaisons 1999.
  - Le contrat à durée déterminée, Liaisons, Rueil Malmaison, 2000.
- Cohen (M),
  - « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », Dr Soc 1990, p. 790.
- Commaret (N),
  - « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes », Dr Soc, n° 4, 1999, p. 384-390.
- Controt (Th),
  - « 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux : du mauvais usage de bonnes idées », Dr Soc 1999, p. 659.
- Corrignan-Carsin (D),
  - « Licenciement économique et priorité de réembauchage », RJS, n°12, 2000, p. 783
- Coursier (P),
  - « Pouvoir disciplinaire de l'employeur, vie privée et vie personnelle du salarié », Jurisprudence Sociale Lamy 1999, p. 48-1
- Couturier (G),
  - « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », Dr Soc 1993, p. 219-226
  - « Pot pourri autour des modifications du contrat de travail », Dr Soc 1998, p. 878.
  - « La rémunération élément du contrat de travail », Dr Soc, 1998, p. 523.

- « Vers un droit du reclassement ? », Dr Soc 1999, p. 497-503.
- DARES,
  - « Le marché du travail en mai 2000 », Premières informations et premières synthèses 2000, n° 27, p. 2.
- Daussun (A),
  - « Le droit à l'aide sociale a un caractère civil au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », Rev de droit sanitaire et social, n° 3, 1998, p. 456.
- De Guilheme (F),
  - « Le statut du bénévole et la frontière avec le salariat », Colloque Le monde associatif de la plaisance face au droit 18-20 septembre 1998, Gaz Pal 26-27 novembre 1999, p. 45.
- Del Sol (M),
  - « Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante : des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées », Dr Soc, 1994, p. 412-421.
- Deltombe (B),
  - Droit et pratique de la rupture négociée du contrat de travail, Mémoire de DEA, Paris II, 1999.
- Derveloy (E),
  - Négociation collective à l'échelle supranationale, Mémoire de DEA, Paris II, 1999.
- Descroizette (M),
  - Religion et contrat de travail, Mémoire de DEA, Paris II, 1999.
- Dgbi (R),
  - « Reclassement et bonne foi : deux notions à marier », J S Lamy 1999, 43-1.
- Droit Social n° Spécial Le droit du travail et les nouvelles technologies, 1992.
- Droit Social n° Spécial Le projet de loi Aubry II, n° 12, 1999.
- Droit Social n° Spécial La Couverture maladie universelle, n° 1, 2000.

- Droit Social n° Spécial Le temps après la loi Aubry, n° 3, 2000.
- Droit Social n° Spécial Minima sociaux, revenus d'activité précarité, n° 7-8, 2000.
- Duquesne (F),
  - « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », Dr Soc 1995, p. 576-585.
- Favennec-Héry (F),
  - « Le droit et la gestion des départs », Dr Soc 1992, p. 581.
  - « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », RJS 12/99, p. 819.
- Fremeaux (S),
  - « Regards juridiques sur le constat d'une pathologie de grosse », Dr ouvr 1999, p. 477.
- Freyssinet,
  - « Le temps de travail en miettes, 20 ans de politique de l'emploi et de négociation collective », Paris, Les éditions de l'Atelier, 1997.
- Friot (B), La cotisation sociale créera l'emploi, La Dispute, Paris, 1998.
- Frossard,
  - Actualis Social Dalloz, répertoire.
- Gaudu (F),
  - « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », Dr Soc, 1995, p. 535.
  - Le contrat de travail, Paris, Dalloz, 1996.
  - « Travail et activité », in Le travail en perspectives, Colloque Maison des Sciences de l'homme, Ange Guépin, Nantes, 1996, p. 589.
  - « L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés », in Les frontières du salariat, Colloque 26-27 octobre 1996, Université de Cergy-Pontoise, Dalloz et Revue juridique de l'Ile-de-France, p. 163-181.
- Gauriau (B),
  - « L'annulation conventionnelle du licenciement », Dr Soc 1999, p. 785.
- Gauron (A),
  - « La formation tout au long de la vie. Une prospective économique », Conseil d'analyse économique, 2000.

- Gras (F),
  - Les groupements d'employeurs, Paris, Economica, 1997.
- Gault (M),
  - « Des conséquences éventuelles de la réduction négociée du temps de travail sur les contrats de travail des salariés à « temps plein », JCP éd E, 1998, p. 885.
- Guillou (P),
  - « Le congé individuel de formation. Genèse et évolution d'un droit (1966-1996), Paris, L'Harmattan, 1996.
- Guyon (Y),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
- Heas (F),
  - « Les obligations de reclassement en droit du travail », Dr Soc 1999, p. 504-514.
- Henriet (B),
  - « Les 35 heures et la relation de travail : vers un renouvellement du diagnostic social », Dr Soc n° 5, 2000, p. 471.
- Henry (M),
  - « La notion de motif économique », Dr Soc, n° 6 1995, p. 551.
- Hirigoyen (M-F),
  - Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien, Paris, Syros, 1998.
- Idot (L),
  - « Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou complémentarité », Europe, nov 1999.
- Igalens (J),
  - « Réduction du temps de travail, organisation et productivité », La réduction du temps de travail, Dalloz et revue juridique des barreaux n° 53, Colloque journées M. Despax, Université Toulouse I, 29 mai 1998, p. 45.

- Javilier (J-C),
  - Droit du travail, LGDJ, 7<sup>éd</sup>, 1999.
- Jeammaud (A),
  - « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », RIDE, 1996, p. 99.
  - « La réduction du temps de travail : données juridiques », La réduction du temps de travail, Dalloz et revue juridique des barreaux n° 53, Colloque journées M. Despax, Université Toulouse I, 29 mai 1998.
- Keller (M),
  - « La compétence du Tribunal de Grande Instance dans les litiges du travail », Revue générale des procédures, oct-déc 1999, p. 444.
- Kirat (T),
  - « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », RIDE, 1996, p. 99.
- Kuellan (C ),
  - Les groupements d'employeurs, Paris, Economica, 1997.
- Lagorsse (J-M),
  - « Le contrat de travail à durée déterminée », Dr ouvr juin 2000, p. 224.
- Langlois (P),
  - « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », Dr Soc 1992, p. 5.
  - « Le motif économique », Gaz Pal 17 août 1999, doc, p. 1199.
- Lanquetin (P),

- « La revision des conventions collectives : le sens d'une réforme », Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à H. Sinay, p. 40.

- Lauwerière (D),

- « Licenciement économique : de la qualification naissent les obligations », SSL 20 sept 1999, p. 43-1.

- Le Crom (J-P),

- Deux siècles du droit du travail, Les éditions de l'atelier, 1998.

-Lhernould (J-Ph),

- « Libre circulation des travailleurs : du nouveau concernant la circulation des entraves non discriminatoires », RJS n° 7, 1999, p. 549-552.

- « La privatisation d'une indemnité de congédiement peut-elle constituer une entrave non discriminatoire à la libre circulation des travailleurs ? », CJCE 27 janvier 2000.

- « Nouvelles dérivées libérales de la Cour de justice des communautés européennes en matière de retraite complémentaire, CJCE, 12/09/2000 », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1114.

- Luttringer (J-M),

- « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », Dr Soc, 1994, p. 283-290.

- Lyon-Caen (A),

- « Le droit et la gestion des compétences », Dr Soc 1992, p. 573.

- « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », Sem soc Lamy, n°, 596, 21 avr 1992, p. 3-4.

- Dr ouvrier 1995, p. 281.

- « Les clauses de transfert de risques sur le salarié », in Les frontières du salariat, Colloque 26-27 octobre 1996, Université Cergy-Pontoise, Dalloz et Revue juridique de l'Ile-de-France, p. 151-161.

- « La négociation collective : Nouveaux horizons ? Nouveaux problèmes ? », Dr Soc, n° 12, 1997, p. 1004.
- « Réduction du temps de travail, rémunération ou les ombres nécessaires de la loi du 13 juin 1998, in La réduction du temps de travail, Colloque, 29 mai 1998, Toulouse, Dalloz et Revue juridique des barreaux n° 53, 1998, p. 93-109.
- Lyon-Caen (G),
  - « Où menent les mauvais chemins », Dr Soc, 1995, p. 647.
  - Le droit du travail. Une technique reversible, Paris, Dalloz, 1995.
  - Droit du travail, Paris, Dalloz, 19éd, 1998.
  - « Vieilles lunes et nouvelle lune (action syndicale et accords collectifs sous l'éclairage du droit de la concurrence) », Dr ouvr, avril 2000, p. 143.
- Lyon-Caen (P),
  - « Le principe et l'étendue du contrôle de la Cour de cassation du contenu des nouveaux plans sociaux et de reclassement », Concl, Dr Soc, 1995, p. 570-575.
- Maggi-Germain (N),
  - « L'articulation temps de travail/formation professionnelle continue après la loi Aubry II », Dr Soc sept-oct 2000, n° 9/10, p. 858-864.
- Malaurie (G),
  - « Harcèlement moral au travail », Le nouvel observateur, 24 février 2000, p. 14.
- Marraud (C),
  - Rupture du contrat de travail en droit français et allemand, PU de Strasbourg, 2000.
- Mauridis (P),
  - « La fin des doubles cotisations en Europe ? », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1104.
- Merlin (J),
  - « Les petits licenciements pour motif économique : spécificités du contentieux hors plan social », Dr Soc, n° 6, 1995, p. 559.
- Mestre (J),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
- Meyer (F),

- « Travail effectif et effectivité du travail : une histoire conflictuelle », Dr ouvr, octobre 1999, p. 385.
- Mialon (M-F),
  - Relations collectives dans l'entreprise, Paris, LGDJ, 1999.
- Ministère de l'emploi et de la solidarité, Rapport sur la Politique contractuelle de formation et négociation collective de branche, N. Besucco, M. Tallard, F. Lozier, 1998.
  - Miné (M),
    - Négocier la réduction du temps de travail, VO éditions, 2<sup>e</sup> éd, 2000.
    - « L'horaire de travail », Dr ouvr, octobre 2000, p. 412.
- Moatty (F),
  - « Comment les salariés reçoivent-ils leurs instructions de travail ? », Dossier du Centre d'Etudes de l'Emploi, n° 2, 1994.
- Moderne,
  - Dr soc 1985, p. 822.
- Morand (M),
  - « Autour des conditions du travail », JCP éd E, 1999, p. 1620.
- Moreau (M-L),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
  - « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », Dr Soc 1999, p. 53.
- Morin (M-L),
  - « Sous-traitance et co-activité » in Les frontières du salariat, Colloque 26-27 septembre 1996, Université de Cergy-Pontoise, Dalloz et Revue juridique de L'Ile –de-France.
  - « Réduction du temps de travail et temps partiel », La réduction du temps de travail, Dalloz et revue juridique des barreaux n° 53, Colloque journées M. Despax, Université Toulouse I, 29 mai 1998.

- « Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles », in Travail- Activité-Emploi. Une comparaisons France-Allemagne, Cahier travail et emploi, Paris, La doc française, 1999, p. 109-136.
- « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1080.
- Mouly (J),
  - « Les modifications disciplinaires du contrat de travail. Chronique d'humeur à propos d'un revirement », D. 1999, Chr, p. 359.
- Mouriaux (R),
  - dir, L'année sociale, éd Les éditions de l'atelier, 1999.
- Moussy (P),
  - « Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du « renouveau du contrat de travail », Dr Ouvrier 1999, p. 1.
  - « Variations sur la requalification », Dr Ouvr août 2000, p. 319.
- Pavia (M-L),
  - dir, La dignité de la personne humaine, Paris, Economica, 1999.
- Peschaud (H),
  - « Le droit de substitution et les garanties des salariés », Dr ouvr, nov 2000, p. 478.
- Pélissier (J),
  - Droit du travail, Paris, Dalloz, 19éd, 1998.
- Peru-Girotte,
  - Dr ouvrier, 1996, p. 1.
- Petit-Franck,
  - La Notion de représentation dans les relations collectives de travail, Paris, LGDJ, 2000.

- Picca (G) et Sauret (A),
  - « La réduction du temps de travail. Influence conjuguée de la jurisprudence et de la loi Aubry sur les licenciements économiques », Gaz Pal 17 août 1999, doc p. 1220.
- Pretot (X),
  - Grands arrêts de jurisprudence sociale, Paris, Dalloz, 1998.
- Picca (G),
  - coll Sauret (A), « 35 heures aspects généraux du projet de la loi Aubry II », Petites Affiches 29 juillet 1999, p. 4.
- Priestley (Th),
  - « A propos du « contrat d'activité », Dr Soc, 1995, p. 955.
- Puigelier (C ),
  - « La modification du contrat de travail », Paris, Economica, Droit poche, 1997.
  - Droit du travail, Les relations collectives, Paris, A. Colin, 1999.
- Putman (E),
  - « Les rapports entre le droit social et le droit de la concurrence », Rev internationale de droit économique, 1998, n° 2, p. 107.
- Rade (C ),
  - « L'autonomie du droit du licenciement », Dr Soc 1996, p. 184.
  - « A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », Dr Soc, n° 1, 1999, p. 3-7.
  - « Les limites du tout contractuel », Dr Soc, n° 9-10 2000, p. 828.
- Ramackers (P),
  - « L'inspection du travail », Que-sais-je ?, n° 3915, Paris PUF, 1997.
  - Rapport de la Cour de cassation 1997, La Documentation française 1997.
  - Rapport de la Cour de cassation 1998, La Documentation française 1998.
  - Rapport de la Cour de cassation 1999, Etude de M. Jean Richard de la Tour, La Documentation française 1999.
- Ray (J-E),
  - « Du collectif à l'individuel, les oppositions possibles », Dr Soc 1998, p. 348-349.

- Dr Soc, déc 2000, n° 12, p 1018-1025 « Les grandes manoeuvres du droit de la négociation collective (articles 11 et 15 du projet de loi).
- « L'individuel et le collectif : des oppositions possibles », Dr Soc, 1998, p. 347.
- Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail : la gestion juridique du changement, Liaisons, Rueil Malmaison, 2000.
- Droit du travail, droit vivant, éd Liaisons, 1999-2000, 8<sup>e</sup> éd.
- « Du tout Etat au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », Dr Soc n° 6 2000, p. 574.
- Rémy (P),
  - « Représentation dans la négociation collective, les limites du principe majoritaire », Dr Ouvr, juill, 1999, p. 269.
- Revet (Th),
  - « L'objet du contrat de travail », Dr Soc 1992, p. 859.
  - dir La dignité de la personne humaine, Paris, Economica, 1999.
- Saramito (F),
  - « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », Dr ouvr, octobre 2000, p. 428.
- Savatier (J),
  - « Contrat de gardiennage et notion de travail effectif », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1064.
- Spyropoulos (G),
  - « Encadrement social de la mondialisation de l'économie », Dr Soc 1996, n° 6, p. 551-561.
- Supiot (A),
  - « L'avenir d'un vieux couple : travail et SS », Dr Soc, 1995, p. 823.
  - « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr Soc, 1995, p. 947.
  - « Du bon usage des lois en matière d'emploi », Dr Soc, 1997, p. 229.
  - « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr Soc, p. 947-954.
  - Droit du travail, Paris, Dalloz, 19<sup>e</sup>éd, 1998.

- « Parité, égalité, majorité dans les relations collectives du travail », Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à H. Sinay, p. 67.
- « Les nouveaux visages de la subordination », Dr Soc 2000, p. 131-145.
- « Des 35 heures à la refondation sociale : brèves observations », JCP 2000, n° 22, 31 mai, p 995-997.
- Taquet (F),
  - « La réforme inachevée des règles relatives au contrôle URSSAF », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1104.
- Tissandier (H),
  - « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », Dr Soc, n° 12, 1997, p. 1045.
- Trassoudanie-Verger (N),
  - « Le contrôle de la chambre sociale sur les contrats à durée déterminée », Rapport de la Cour de cassation 1997.
- Tricot (D),
  - « Le nouvel arrêt Basirico », Dr Soc 1992, p. 360.
  - Rapport Dr Soc, n° 4 1992, p. 360.
- Thuderoz (C ),
  - Coord L'emploi et sa négociation dans l'entreprise, Rapport de recherche du Commissariat général du Plan, novembre 1996.
- Vacarie (I),
  - « Travail subordonnée, travail indépendant : question de frontière ? », Les frontières du salariat, Dalloz, Revue juridique de l'Ile-de-France, Colloque « Les frontières du salariat », 26 et 27 oct 1996, Université de Cergy-Pontoise, p. 103.
- Vachet (G),
  - « La révision des conventions et accords collectifs », Dr Soc 1993, p. 134.
- Velardocchio (D),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
- Verdier (J-M),
  - « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical », Le droit collectif du travail , Etudes en hommage à H. Sinay, 84.

- « Libertés de travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988, Chr, p. 63-70.
- Vericel (M),
  - « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur? », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1059.
  - « La contractualisation des avantages nés des normes d'entreprises atypiques », Dr Soc, n° 9-10 2000, p. 833.
- Vidal (D),
  - Les salariés et les opérations sociétaires, Institut de droit des affaires Université Aix-en-Provence, PU Aix-en-Provence, mars 1996.
- Vigneau (C ),
  - « L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », Dr Soc, n° 11, 1999, p. 928.
- Vilboeuf (L),
  - L'inspection du travail, Que-sais-je ?, n° 3915, Paris PUF, 1997.
- Villeval (M-C),
  - « Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit », RIDE, 1996, p. 99.
- Waquet (Ph),
  - « Modifications du contrat de travail et plan social », Concl, Dr Soc, 1996, p. 18-23.
  - « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS n°12, 1996, p. 791.
  - « Le renouveau du contrat de travail », RJS, n° 5, 1999, p. 383-394.
  - « Dix ans de contrôle du licenciement économique par la Cour de cassation », Gaz Pal 17 août 1999, doc, p. 1191.
  - Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr Soc 1999, p. 566.

- Rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 1999, La documentation française, 1999, p. 271 et s.
- « Plans sociaux. Point sur la jurisprudence de la Cour de cassation », Liaisons soc, n° 647 du 28 oct 1999, jurisprudence.
- « Pouvoir de direction et pouvoir des salariés », Dr Soc, n° 12, 2000, p. 1051.
- Willmann (C),
  - « Qu'est-ce qu'un plan social ? Les contributions récentes de la jurisprudence », TPS, octobre 1999, p. 4.