ministère éducation nationale

éduscol

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ressources pour le lycée général et technologique

Ressources pour la classe terminale littéraire

Droit et grands enjeux du monde contemporain

Le travailleur

Ces documents peuvent être utilisés et modifiés librement dans le cadre des activités d'enseignement scolaire, hors exploitation commerciale.

Toute reproduction totale ou partielle à d'autres fins est soumise à une autorisation préalable du Directeur général de l'enseignement scolaire.

La violation de ces dispositions est passible des sanctions édictées à l'article L.335-2 du Code la propriété intellectuelle.

Juin 2012

Droit et grands enjeux du monde contemporain

Le travailleur

Table des matières

1. Introduction 2
1.1. Un peu d'histoire… 2
1.2. Les sources et juridictions du droit du travail 3
1.2.1. Les sources internationales 3
1.2.2. Les sources nationales 4
1.2.3. Une nébuleuse de normes 4
1.2.4. Les juridictions du droit du travail 4
1.3. Un champ du droit très large à circonscrire 4
2. Approches problématiques 5
2.1. L'évolution des contrats de travail face aux contraintes de la production 5
2.1.1. Caractères généraux des contrats de travail 5
2.1.2. Les enjeux liés à la diversité des contrats de travail 7
2.1.3. Pistes de réflexion. 8
2.2. La gestion des conflits employeurs/salariés 10
2.2.1. Quel recours un salarié a-t-il en cas de sanctions individuelles injustes ? 11
2.2.2. Le rôle des syndicats dans la défense des intérêts collectifs des salariés 12
2.2.3. Piste de réflexion : quelles limites au droit de grève ? 13
2.3. La liberté du travail est-elle garantie aujourd'hui ? 14
2.3.1. Liberté du travail du salarié, contraintes productives et concurrence 15
2.3.2. Une grève peut-elle justifier une entrave à la liberté du travail ? 16
2.3.3.-Angle complémentaire : le principe de non-discrimination, une atteinte à la liberté de choisir son personnel ? 17
2.4. Les évolutions du droit du travail sous l'impact de l'Union Européenne 19
2.4.1. Les sources européennes du droit : 19
2.4.2. Les enjeux du droit européen 20
2.4.3. Pistes de réflexion 21
3. Documents d'accompagnement 24
4. Exemples de projets pour la soutenance orale 31
5. Bibliographie indicative 31

Avertissement destiné aux enseignants

Cette fiche ressource est un document à caractère pédagogique. À ce titre, elle ne se substitue pas à la partie concernée du programme de « Droit et grands enjeux du monde contemporain » publié au Bulletin officiel spécial n°8 du 13 octobre 2011.

Elle doit être considérée comme l'une des possibilités d'aborder la thématique choisie et n'engage que ses auteurs par rapport à la manière de traiter le sujet, d'y associer un ou plusieurs grands enjeux du monde contemporain et de proposer des ressources permettant de placer les élèves en situation de découverte des notions étudiées.

S'agissant de « Ressources pour la classe », le but n'est pas non plus de proposer une organisation pédagogique « clés en mains » d'une ou plusieurs séquences de cours, mais de fournir à l'enseignant des ressources pédagogiques pour préparer son intervention devant la classe. L'enseignant devra donc mobiliser les éléments qu'il aura choisis dans cette fiche, en fonction des objectifs qu'il s'est fixés, des caractéristiques de sa classe et du temps disponible pour traiter le thème.

Il convient également de rappeler que l'obligation de traiter le programme se limite aux notions qui figurent dans la colonne centrale du programme et que la colonne de droite fournit des « indications pour la mise en œuvre » qui n'ont donc pas le même statut. Ainsi, l'enseignant conserve une liberté absolue de choisir des exemples différents de ceux qui figurent dans la colonne de droite du programme, même s'ils ont été repris dans la présente fiche, dès lors qu'il estime qu'ils sont davantage en relation avec le contexte général ou local dans lequel évoluent ses élèves.

Enfin, les exemples de projets figurant à la fin de cette fiche ne visent absolument pas l'exhaustivité, et ne sont que quelques pistes envisageables, parmi d'autres, pour permettre aux élèves de mener une étude personnelle sur tout ou partie d'un sujet abordé à l'occasion de la thématique retenue.

Nous vous souhaitons une bonne lecture et une utilisation pertinente de cette fiche.

1. Introduction

Avant tout, il peut être nécessaire d'expliquer le recours au terme « droit du travail ». En effet, le droit du travail traite des relations entre employeurs et salariés, or les salariés ne sont pas les seuls travailleurs (même s'ils constituent la majorité de la population active). Pourquoi, dès lors, appeler droit du travail un droit qui ne concerne qu'une partie des travailleurs ? A cela on peut donner deux explications. D'une part s'est développée aux 19ème et 20ème siècles, l'idée que le salariat finirait par englober toute forme de travail. D'autre part, parce que les travailleurs indépendants ne nouent pas de relations de travail, au sens où ils n'ont pas besoin d'un contrat pour se mettre au travail. Ainsi, si la qualité de leur travail est contestée, c'est le résultat du travail et non le degré d'obéissance qui sera questionné. Le droit du travail est ainsi un droit du travail subordonné.

Le droit du travail est le droit qui régit à la fois les contrats de travail individuels et les rapports collectifs qui se nouent entre le patronat et la masse des salariés. […]

1.1. Un peu d'histoire…

« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » clamait Henri Lacordaire en 1848 (52e conférence de Notre-Dame). Par ces mots, on comprend le rôle essentiel de la loi pour les travailleurs. Pris dans un rapport asymétrique de domination, les travailleurs subissaient au 19ème siècle, une oppression dans le domaine du travail, là où leur liberté était pourtant déjà reconnue comme un principe (décret Dallarde - 1791). Pendant la seconde moitié du 19ème siècle, le droit du travail va émerger et se développer afin de protéger les travailleurs face au pouvoir prédominant du patron dans le contexte de la révolution industrielle et de la mise en place du suffrage universel.

Les premiers jalons du droit du travail vont chercher à protéger les enfants. A la suite du rapport Villermé sur le mauvais état de santé des ouvriers (1840), le travail des enfants de moins de 8 ans est interdit, le travail de nuit est réglementé, la durée journalière du travail des enfants de moins de 12 ans va être limitée à 8 heures, celle des enfants ayant entre 12 et 16 ans à 12 heures (loi du 22 mars 1841).

Suivront de nombreuses lois protégeant les travailleurs : création des inspecteurs du travail (1874), loi sur les accidents du travail (1898), droit de grève (1864), liberté d'association professionnelle (1884), loi sur les conventions collectives (1919 et 1936), instauration des congés payés, semaine de 40 heures (1936),… L'intervention de la loi dans le domaine du travail va continuer à s'étendre après la Seconde Guerre mondiale. Droit au travail, droit de grève, liberté syndicale et droit à la négociation collective sont reconnus comme des droits fondamentaux et inscrits dans le préambule de la Constitution de 1946. La protection des travailleurs sera approfondie avec la mise en place de la Sécurité Sociale (1945), la création de l'assurance-chômage (1958), les mesures prises dans le cadre des accords de Grenelle en 1968 comme la mise en place d'une section syndicale dans les entreprises, les réformes du droit du licenciement (1973 et 1975), la cinquième semaine de congés payés (1982), l'abaissement de la durée légale du travail à 39 (1982) puis à 35 heures (2000).

Avec la fin des Trente Glorieuses, les entreprises françaises sont confrontées à de nouvelles contraintes économiques et le chômage de masse qui s'installe ensuite oblige les pouvoirs publics à aménager le droit du travail. A travers la loi, davantage de marges de manœuvre sont offertes aux entreprises. En atteste par exemple la multiplication des formes d'emplois telles que le CNE (contrat nouvelle embauche, mis en place en 2005 et abrogé en 2008) ou le CDD de projet (2008). Face à ce recours aux emplois atypiques, la loi cherche aussi à protéger les salariés en instaurant des limites à leur recours (limitation et conditionnement du recours au CDD par exemple). Depuis 2002, l'employeur se doit d'ailleurs d'informer ses salariés en CDD ou CTT des postes en CDI disponibles dans l'entreprise.

Le droit du travail a été conçu pour garantir la protection des salariés. Force est, toutefois de constater que le droit du travail est, aujourd'hui, tout autant un « traité entre classes » (dans lequel s'exprime le compromis auquel les conflits et négociations entre employeurs et salariés ont permis d'aboutir) qu'un instrument d'action économique (grâce auquel l'entreprise et la vie économique peuvent s'organiser).

L'histoire du droit du travail est récente et en perpétuelle construction. Le droit du travail a d'ailleurs été un enjeu fort de la campagne électorale pour les présidentielles 2012 (débats autour de la fin des 35 heures, de la possibilité de négociation de la durée du travail et des rémunérations au sein des entreprises, du contrat de génération, de la sécurisation des parcours professionnels, interdiction des licenciements boursiers,…) qui illustre bien la tension qui existe en droit du travail entre la nécessité de protéger les salariés et la nécessité de permettre l'activité économique des entreprises. On voit ici que le droit du travail constitue un enjeu majeur des débats publics, parce qu'il a d'importantes répercussions sociales et économique. Il conviendra donc d'être attentif aux évolutions à venir en matière de droit du travail.

1.2. Les sources et juridictions du droit du travail

Le droit du travail est parfois difficile à maîtriser en raison de la multitude des sources qu'il demande d'appréhender. Il s'agit à la fois de sources nationales et supranationales, de sources de droit commun et de sources spécifiques.

1.2.1. Les sources internationales

Tout d'abord, le droit du travail s'appuie sur des sources internationales, les conventions adoptées au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT) lorsqu'elles ont été ratifiées ou les conventions du Conseil de l'Europe (Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, définissant les droits des salariés).

Le droit du travail est également régi par des sources communautaires. Les traités constitutifs (Rome – 1957 ; Maastricht – 1992 ; Amsterdam 1997 ; Nice – 2001 ; Lisbonne – 2007) et le droit dérivé (règlements, directives, chartes sociales, accords européens) priment sur le droit national et sont, à ce titre, partie prenante de l'évolution du droit du travail en France comme de célèbres arrêts l'ont confirmé (arrêt Nicolo du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989).

1.2.2. Les sources nationales

Au niveau national, le droit du travail fait appel à de multiples sources : la Constitution de la Ve République (à travers la référence au préambule de la Constitution de 1946), les lois votées par le Parlement et rassemblées dans le Code du travail, les différents règlements mais aussi la jurisprudence. Si la loi est la source principale du droit du travail, sa place centrale est cependant contestée par le droit négocié c'est-à-dire les sources conventionnelles issues des négociations entre employeurs et salariés. Il s'agit des conventions et accords collectifs et du contrat de travail. Des conventions collectives peuvent être signées entre syndicats et patronat aux niveaux national, de branche, du groupe ou de l'entreprise et l'établissement, niveaux qui forment une hiérarchie. Un accord d'entreprise ne peut pas, en principe, être plus désavantageux pour les salariés qu'un accord de branche. Il faut cependant noter que la loi du 4 mai 2004 introduit des dérogations à ce principe. Les conventions ou accords étendus s'appliquent à toutes les entreprises d'une profession ou d'une région.

1.2.3. Une nébuleuse de normes

Le droit du travail apparait donc comme une nébuleuse de normes. La plus proche du travailleur est sans doute le contrat de travail mais celui-ci se situe en bas d'une pyramide de textes réglementaires. Le contrat de travail doit ainsi respecter le règlement intérieur, qui doit lui-même se plier aux règles définies par les conventions et accords collectifs, lesquelles doivent être conformes aux lois, elles-mêmes tenues d'être en adéquation avec la Constitution et les éventuelles sources internationales du droit du travail.

Si les sources du droit du travail en font une branche du droit autonome, sa spécificité est également due à l'organisation juridictionnelle de ce droit.

1.2.4. Les juridictions du droit du travail

Les conflits portant sur le contrat de travail sont gérés par le conseil de prud'hommes où siègent, à parité, des représentants élus des employeurs et des salariés. Le conseil de prud'hommes n'est cependant compétent que dans le cas des conflits individuels du travail. Les conflits collectifs (entre syndicats et employeurs, litiges liés à une grève…) sont pris en charge par le tribunal de grande instance, voire le tribunal d'instance (dans le cas de contentieux concernant les élections dans l'entreprise).

Le contentieux du droit du travail est, ainsi, relativement éclaté, d'une part parce que le conseil de prud'hommes n'a qu'une compétence partielle et d'autre part parce que l'administration intervient régulièrement dans la gestion des rapports collectifs de travail (licenciement des représentant du personnel, extension des conventions collectives). De l'intervention du conseil d'Etat en matière de contentieux du travail, est d'ailleurs née une jurisprudence administrative du travail.

Les sources particulières du droit du travail ainsi que ses juridictions spécifiques font ainsi du droit du travail une branche du droit tout à fait spécifique.

1.3. Un champ du droit très large à circonscrire

Le droit du travail est un domaine du droit bien trop vaste pour que toutes ses dimensions puissent être abordées dans le cadre du cours de DGEMC. Afin d'éviter les errements dans les multiples sujets que permet d'aborder le droit du travail, nous proposons ici une application du programme proche des indications complémentaires et visant à présenter les différentes manières dont le droit permet de protéger les travailleurs tout en permettant aux entreprises d'organiser leur production. Pour cela, le programme peut être abordé autour de trois grandes entrées problématiques.

On pourra tout d'abord examiner l'évolution des différents types de contrats de travail avec pour objectifs la présentation des obligations et droits auxquels chacun donne lieu, tant pour l'employeur que le salarié. On étudiera la manière dont les contrats sont encadrés aussi bien nationalement que par les conventions collectives.

On s'intéressera ensuite à l'encadrement des tensions entre employeurs et salariés afin de montrer que le droit vise aussi à réguler les conflits entre un employeur et un salarié, entre un employeur et un collectif salarié, entre des salariés grévistes et des salariés souhaitant exercer leur liberté du travail. Cette partie amènera donc à délimiter le droit de grève et à présenter les différents recours possibles pour les salariés.

Enfin, on observera la manière dont la liberté du travail peut s'exercer face aux contraintes de la production en montrant comment certaines décisions d'entreprise prises aux motifs de contraintes productives constituent des discriminations au travail portant atteinte à la liberté du travail et comment celle-ci est également limitée par les clauses de non-concurrence.

La thématique du travailleur nous parait être un enjeu politique, social et économique suffisamment fort pour y consacrer une heure supplémentaire afin de traiter le grand enjeu de l'intégration européenne. Une telle approche permettrait par ailleurs de faire la passerelle avec le thème 3.7 du programme « Le droit de l'Union européenne ». Nous proposons ici de traiter des conséquences de l'intégration européenne sur le droit du travail afin de montrer comment le droit du travail français a dû évoluer du fait des législations européennes.

2. Approches problématiques

2.1. L'évolution des contrats de travail face aux contraintes de la production

2.1.1. Caractères généraux des contrats de travail

La loi ne donne pas de définition du contrat de travail, mais la jurisprudence le définit comme une convention par laquelle une personne physique (salarié) s'engage à mettre son activité (tache physique, intellectuelle ou artistique) à la disposition d'une autre personne physique ou morale (employeur), sous la subordination de laquelle elle se place et moyennant une rémunération (salaire). L'existence d'un lien de subordination est importante : c'est le critère déterminant dans la définition d'un contrat de travail. Signalons d'ailleurs que c'est la reconnaissance d'un lien de subordination entre le salarié et son employeur qui est le fondement du droit du travail. Le lien de subordination se définit comme l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements.

Le contrat de travail est synallagmatique; l'employeur et le salarié ont donc des obligations réciproques. Ces obligations résultent de la loi et des règlements, des conventions collectives, du contrat de travail, des usages de la profession, du règlement intérieur de l'entreprise. L'employeur est ainsi tenu, de procurer au salarié du travail et de lui fournir les moyens nécessaires pour l'exécuter ; de verser au salarié la rémunération convenue ; de respecter le droit du travail et notamment de faire bénéficier le salarié de tous les avantages sociaux prévus par la loi et les conventions collectives ; de payer toutes les cotisations sociales, et de respecter la vie privée du salarié et les libertés publiques. Le salarié est, quant à lui tenu d'exécuter personnellement le travail convenu de façon consciencieuse et loyale, de prendre soin du matériel, de l'outillage et éviter le gaspillage, de respecter le secret professionnel, d'obéir aux ordres et aux instructions données par l'employeur et respecter le règlement intérieur.

Le contrat de travail peut être assorti d'un certain nombre de clauses spécifiques, encadrées par l'article L. 1121-1 du Code du travail qui précise que « 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 proportionné au but recherché ». Parmi les causes permises figurent notamment la clause de non concurrence (qui limite la possibilité, pour le salarié au terme de son contrat, de se faire embaucher par un employeur concurrent du précédent) ; la clause dédit formation (par laquelle un salarié, moyennant prise en charge d'une formation par l'employeur, s'engage à rester au service de l'entreprise pour une durée déterminée) ; la clause de mobilité géographique (par laquelle un salarié accepte une modification de son lieu de travail), la clause de résidence, la clause de quota (ou clause d'objectif), la délégation de pouvoir , la clause de confidentialité et la clause d'exclusivité.

En revanche, un certain nombre de clauses sont interdites par la loi, notamment les clauses discriminatoires entre les hommes et les femmes, les clauses de mises à la retraite, les clauses d'indexation du salaire sur le SMIC, les clauses contraires à l'ordre public ou aux libertés fondamentales et les clauses dérogeant, de manière défavorable pour le salarié, aux dispositions légales ou aux conventions collectives.

L'employeur doit remettre au salarié un écrit dans les deux mois de son embauche. Cet écrit (déclaration d'embauche, contrat de travail) doit comporter certaines mentions obligatoires (identité des signataires du contrat, durée du contrat, référence à la convention collective qui s'applique, montant de la rémunération d'embauche, durée hebdomadaire du travail, durée des congés payés, durée du préavis, titre ou catégorie d'emploi, date du début du contrat, durée de la période d'essai, lieu du travail). A défaut l'employeur est passible de sanctions pénales mais le contrat de travail est valablement formé. La signature du salarié avec la mention "lu et approuvé" vaut engagement contractuel.

Bien souvent, l'engagement définitif du salarié est précédé d'une période d'essai (renouvelable une fois), qui permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié et au salarié de s'assurer que les fonctions occupées lui conviennent. La période d'essai et son renouvellement doivent être expressément mentionnés dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail. La loi fixe la durée maximum de la période d'essai et les modalités pour y mettre fin. A l'expiration de cette période, l'embauche est déclarée définitive.

On distinguera, d'une part les contrats de travail à durée indéterminée, conclus pour des tâches durables et permanentes, et d'autre par les contrats de travail à durée déterminée et les contrats de travail temporaires conclus pour des tâches non durables.

Le contrat de travail de droit commun : contrat de travail a durée indéterminé.

Ce contrat est conclu sans mention de durée et s'applique jusqu'à l'arrivée d'une cause de rupture : démission du salarié, licenciement par l'employeur, départ en retraite ou décès du salarié.

Les contrats précaires : contrat à durée déterminée et contrat de travail temporaire

Il s'agit de contrats dont la durée est limitée. Ils sont réglementés tant dans leur durée (18 mois maximum, renouvellement compris) que dans les motifs permettant d'y recourir.

Le contrat de travail à durée déterminée :

Ce contrat est conclu pour une durée limitée et prend fin à l'échéance du terme. Les entreprises ont de plus en plus recours à ce type de contrat pour répondre à leur besoin de flexibilité. Pour éviter les abus, le droit du travail encadre strictement les cas de recours. Le CDD doit rester un contrat d'exception. Le code du travail précise qu'il ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le recours au CDD est autorisé dans les situations suivantes : remplacement de salariés absents, accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, travaux saisonniers, embauches liées à la politique de l'emploi (la législation permet en effet d'avoir recours au contrat à durée déterminée en vue de favoriser l'embauche de certaines catégories de salariés c'est le cas notamment du contrat de professionnalisation ou du contrat séniors réservé aux demandeurs d'emploi de plus de 57 ans, le CDD est ici utilisé comme un moyen d'accès à l'emploi emploi à caractère saisonnier). A contrario le recours à ces contrats est interdit pour pourvoir un emploi durable, remplacer un salarié gréviste, pour un emploi dangereux ou soumis à surveillance médicale, pour combler un accroissement temporaire d'activité de plus de 3 mois ou lorsque l'entreprise a effectué un licenciement économique depuis moins de 6 mois.

Le CDD ne peut être renouvelé qu'une seule fois et ne peut excéder 18 mois. Tout dépassement de la durée maximale du contrat entraîne la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Par ailleurs, le CDD doit être établi par écrit. A défaut, le contrat est présumé conclu pour une durée indéterminée.

Certaines mentions doivent figurer sur le contrat : la définition précise de son objet, la désignation du poste de travail ou de l'emploi occupé, l'identité des parties et la date d'échéance du terme. En l'absence d'une de ces mentions le contrat sera présumé conclu pour une durée indéterminée. La rupture anticipée du CDD est impossible sauf en cas de force majeure, de faute grave, de consentement mutuel des parties ou de fin de contrat par décision de justice.

A la fin du contrat, l'employeur doit verser à l'employé une indemnité de précarité égale à 10% de la rémunération brute totale.

Le contrat de travail temporaire.

Le CTT met en relation trois parties et conduit à la conclusion de deux contrats.

- un contrat entre l'entreprise de travail temporaire (ETT) et le salarié :
- un contrat de mise à disposition entre l'entreprise utilisatrice et l'ETT.

C'est l'entreprise de travail temporaire qui rémunère le salarié, à ce titre, elle doit bénéficier d'une garantie financière assurant la défaillance pour le paiement des différentes sommes dues aux salariés ou aux organismes sociaux. Le salarié en fin de contrat reçoit une indemnité de précarité d'emploi égale à 10% de la rémunération de la mission.

Les conditions de durée et de renouvellement sont les mêmes que pour le CDD. En cas de recours au travail temporaire en dehors des cas prévus par la loi, le salarié peut demander la requalification de son contrat en CDI. L'action en requalification peut être intentée contre l'entreprise utilisatrice ou l'entreprise de travail temporaire.

Le contrat, conclu entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié mis à la disposition de l'utilisateur doit être établi par écrit et adressé au salarié dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition, faute de quoi le contrat sera requalifié en CDI. Ce contrat doit notamment comporter la reproduction des clauses et mentions contenues dans le contrat de mise à disposition, la qualification du salarié, les modalités de rémunération du salarié et la période d'essai.

Le CTT peut être rompu avant terme, par le salarié (qui peut être amené à verser des dommages et intérêts), ou par l'entreprise de travail temporaire qui doit alors proposer un nouveau contrat dans les 3 jours ou payer la rémunération prévue (sauf faute grave du salarié ou cas de force majeure).

2.1.2. Les enjeux liés à la diversité des contrats de travail

En matière de travail, le contrat de droit commun est le contrat à durée indéterminée. Il est la « forme normale et générale de la relation de travail » (Code du travail, art. L. 1221-2). Dès lors qu'une relation contractuelle n'est pas écrite, elle doit être qualifiée de contrat à durée indéterminée. Néanmoins, les récentes transformations du marché du travail et de l'emploi et la recherche accrue de flexibilité de la part des entreprises conduisent à un recours accru aux contrats de travail dits « atypiques » (CDD, Intérim notamment).

On pourra, dans ce contexte, soulever avec les élèves un certain nombre de questions :

- Faut-il faciliter le recours aux contrats de travail atypiques ?
- Comment encadrer le recours aux contrats atypiques ?
- Comment les salariés peuvent-ils faire valoir leur droit en ce qui concerne le contrat de travail ?
- La flexibilité remet-elle en question la protection du statut des salariés ?
- Comme assurer une plus grande souplesse des contrats de travail tout en préservant un haut niveau de protection des salariés ?

- Faut-il instaurer un contrat de travail unique ?
- L'intégration européenne est-elle responsable d'une dérégulation des contrats de travail ?

2.1.3. Pistes de réflexion.

Pour améliorer la performance de la France en matière d'emploi, certains pensent qu'il est nécessaire de réformer le contrat de travail. De fait, l'économie française ne crée pas assez d'emplois et ceux qu'elle crée sont souvent de piètre qualité (emplois temporaires, vacations, stages, emplois aidés ou encore emplois à temps partiel subi). Certains économistes et politiques pensent qu'une adaptation du contrat de travail s'impose, mais les propositions prennent des voies parfois radicalement opposées. Certains pensent en effet qu'il est nécessaire de créer de nouveaux types de contrats de travail tandis que d'autres considèrent qu'il faut mettre en place un contrat de travail unique.

Faut-il rendre les contrats de travail plus souples ?

Depuis le début des années 2000, un certain nombre de nouveaux types de contrats, plus souples ont été créés. Le CNE (2005 - abrogé en 2008), le CPE (2006 - retiré trois mois après sa création), le CDD senior (2006) et le CDD projet à objet défini (2008).

Le contrat nouvelle embauche (CNE), mis en place en France en 2005 était un type de contrat à durée indéterminée assorti d'une période dite « de consolidation » de deux ans succédant à la période d'essai. Durant cette période de consolidation, l'employeur avait la possibilité de rompre le contrat sans apporter de motif de licenciement. L'absence de motif au licenciement et la période de consolidation de deux ans ont été déclarés contraires au droit international par l'OIT en 2007. Le CNE a finalement été abrogé en 2008.

Le contrat première embauche (CPE) visait à faciliter l'emploi des jeunes de moins de 26 ans dont le taux de chômage est supérieur à celui du reste de la population active. Il obéissait sensiblement aux mêmes règles que le CNE. Il a été retiré à la suite de vives contestations de la part des jeunes actifs qui considéraient que ce nouveau contrat accentuait leur précarisation.

Le CDD senior s'adresse aux travailleurs de plus de 57 ans inscrits depuis plus de trois mois comme demandeurs d'emploi ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé. il vise à faciliter le retour à l'emploi des seniors et à leur permettre de bénéficier d'une retraite à taux plein. Le CDD senior obéit aux mêmes règles que le CDD classique à l'exception de sa durée qui peut s'étendre jusqu'à 36 mois, soit deux fois plus que les autres CDD.

Le CDD projet à objet défini est un nouveau cas de recours au contrat à durée déterminée, réservé aux cadres et ingénieurs. Il a pour but de réaliser un objet défini tel qu'une mission ou un projet. Les employeurs peuvent y recourir jusqu'au 26 juin 2013 si un accord collectif de branche en a prévu la possibilité. La durée de ce contrat doit être comprise entre 18 et 36 mois sans renouvellement possible. Le contrat s'achève à l'expiration de la mission.

Pour certains économistes et responsables politiques, la multiplication de ces nouveaux contrats, plus souples, se justifie par le fait que les entreprises seraient réticentes à embaucher en CDI dans un contexte économique incertain. Les entreprises auraient, dès lors, besoin de pouvoir ajuster leurs effectifs plus facilement. Les employeurs souhaiteraient, par ailleurs, pouvoir davantage tester les compétences de leurs nouveaux salariés. Les coûts mais aussi les délais d'embauche et de licenciement et la rigidité des contrats dissuaderaient ainsi les entreprises de créer des emplois. C'est pourquoi il faudrait, pour faciliter l'embauche, réduire les coûts de séparation.

Les syndicats de salariés voient dans ces nouveaux contrats un accroissement de la flexibilité sans garantie de sécurité des travailleurs. Ces nouveaux types de contrats auraient pour effet d'accroitre la précarité des salariés. Le droit du travail construit progressivement tout au long du 20ème siècle serait « détricoté » et menacé par cette multiplication des contrats qui dégageraient par ailleurs les entreprises de leur responsabilité sociale.

En outre, cette multiplication des contrats atypiques aurait pour effet d'accroitre la segmentation du marché du travail entre, d'une part, des salariés en CDI bien protégés par le droit et, d'autre part, des salariés précaires et faiblement rémunérés.

Faut-il mettre en place un contrat de travail unique ?

Depuis quelques années, l'idée d'un contrat de travail unique (CTU) est proposée par certains économistes et hommes politiques. Cette idée est née en 2004 sous la plume des économistes F. Kramarz et P. Cahuc dans leur rapport « De la précarité à la mobilité, vers une sécurité sociale professionnelle ». Cette proposition, portée par N. Sarkozy lors de la campagne présidentielle de 2007, a été reprise, en juin 2011, par l'Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH).

Le CTU serait un contrat fusionnant les CDI, CDD, CTT et contrats saisonniers actuellement en vigueur. Le salarié serait embauché pour un poste ou une fonction sans que ne soit fait référence à la durée de son contrat. Les motifs de ruptures seraient les mêmes que pour l'actuel CDI (faute du salarié, rupture d'un commun accord, fin de l'activité) mais les préavis et indemnités de licenciement seraient proportionnels à la durée passée dans l'entreprise.

Certains voient dans le CTU un moyen de résoudre les problèmes posés par la dualisation du marché du travail, qui oppose de plus en plus une catégorie de travailleurs protégés (en CDI) à des travailleurs précaires. Il s'agirait ainsi de lutter contre la précarité de l'emploi causée par le recours accru au CDD et à l'intérim. Le CTU permettrait de lutter contre l'utilisation abusive des contrats atypiques et soutiendrait l'emploi des jeunes. En facilitant l'accès au crédit et au logement, le CTU permettrait également de mettre fin aux difficultés économique et sociale dont souffrent les salariés en contrats précaires. Par ailleurs, les droits dont bénéficieraient les salariés dépendraient de leur ancienneté et non de leur type de contrat. Enfin, le CTU permettrait une application plus aisée du Code du travail en unifiant le droit du travail.

Les syndicats de travailleurs sont fortement opposés à la mise en place d'un tel contrat qui, selon eux, généraliserait le CDD ou précariserait le CDI. De fait, les propositions faites à ce jour prévoient que les titulaires d'un CTU depuis moins de 18 mois ne relèvent pas du périmètre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, que les entreprises n'aient plus d'obligation de reclassement et que le juge ne puissent plus vérifier l'existence du motif économique d'un licenciement. Les syndicats de salariés estiment que s'il est en théorie plus simple de trouver un emploi avec le CTU, il sera aussi plus facile, en pratique, de le perdre. En outre, ce type de contrat fragiliserait les femmes enceintes, les salariés malades et les seniors.

Dans l'actualité récente : la loi Warsmann.

L'actualité récente offre un exemple brûlant de débat autour des contrats de travail et de leur flexibilité.

En effet, le 29 février 2012, l'Assemblée nationale a voté la proposition de loi du député UMP Jean-Luc Warsmann relative à la simplification du droit du travail et à l'allègement des démarches administratives. Cette proposition de loi avait, à deux reprises, été rejetée par le Sénat qui considérait que «les dispositions du texte excèdent le cadre d'une loi de simplification et constituent des réformes de fond qui appellent des débats spécifiques approfondis». C'est particulièrement sur l'article 40 de la loi Warsmann que les débats ont porté. Cet article stipule, en effet, que «la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail». Une loi de 2008 permettait déjà de moduler la répartition du temps de travail sous condition de l'accord individuel de chaque salarié. Cette condition est levée par les dispositions de la nouvelle loi. Signalons par ailleurs que la Cour de Cassation avait, en 2010, affirmé la primauté du contrat de travail sur les accords d'entreprise, ce que remet en cause la loi récemment votée.

Les défenseurs de cette loi soutiennent qu'elle simplifiera grandement l'environnement juridique des entreprises, leur donnant une nécessaire souplesse dans l'organisation de leurs activités. Il s'agit de laisser aux entreprises davantage de flexibilité, dans un contexte d'instabilité de l'activité économique. Cette loi viserait par ailleurs à éviter des licenciements que pourrait engendrer une baisse conjoncturelle de l'activité.

Les détracteurs de la loi Warsmann, et notamment les syndicats de salariés, déplorent le fait que les salariés soient obligés d'accepter de nouveaux horaires, faute de quoi ils risqueraient de perdre leur emploi sans possibilité de recours. Ils considèrent qu'il s'agit d'une remise en cause du contrat de travail des salariés sans compensation de salaire, d'autant que les nouveaux horaires peuvent s'avérer incompatibles avec la vie privée du travailleur. Les syndicats et l'opposition dénoncent une précarisation de l'emploi et des conditions de travail. Les syndicats de salariés craignent par ailleurs que des dispositions ultérieures ne viennent permettre à l'entreprise de modifier, non seulement l'organisation des heures de travail, mais également le volume global d'heures travaillées (et donc les salaires), ce que ne permet pas l'actuelle loi.

Les récentes modifications ou propositions de modifications en matière de contrat de travail ont donc globalement pour objet de permettre aux entreprises une plus grande flexibilité. Il s'agit d'offrir aux employeurs, dans un contexte de mondialisation et d'instabilité de l'activité économique, une plus grande souplesse dans la gestion de leurs effectifs salariés. Reste que les différentes nouveautés ainsi que les projets, en matière de contrat de travail ont pour point commun de précariser le statut des salariés et de les soumettre davantage aux aléas de la conjoncture économique, sans pour autant leur garantir des protections suffisantes pour leur assurer la sécurité nécessaire à des relations de travail pacifiées (en matière de statut, d'emploi ou de salaire).

2.2. La gestion des conflits employeurs/salariés

Au sein des entreprises, l'employeur détient un pouvoir important sur les salariés. En effet, celui-ci en tant que gestionnaire de l'entreprise impulse les grandes lignes directrices du travail des employés. Il peut également encadrer le travail par le règlement intérieur ou par des sanctions disciplinaires. Face à ce pouvoir important, les salariés ne sont pas sans recours pour faire valoir leurs droits lorsque l'employeur exerce son pouvoir de manière abusive. De la même manière, on oublie souvent que les salariés ont un pouvoir dans l'entreprise dans la mesure où l'employeur ne peut pas toujours contrôler que leur travail est effectué dans les meilleures conditions pour l'entreprise d'autant que certains peuvent avoir une qualification spécifique. Nous sommes là devant ce que les économistes appellent « une relation d'agence » : les intérêts des salariés et ceux de leur employeur ne sont pas forcément les mêmes.

Ces conflits d'intérêts peuvent déboucher sur des conflits du travail. Face à l'autorité de l'employeur, les salariés peuvent parfois se sentir démunis. La connaissance et la maîtrise du droit du travail est difficile à acquérir du fait de la multiplicité de ses sources et de la complexité de lecture de certaines d'entre elles comme les conventions collectives. Pour permettre aux salariés de défendre correctement ses droits, le droit du travail a prévu l'existence de représentants des salariés (délégués du personnel, comités d'entreprise, délégués syndicaux) qui vont – à plusieurs niveaux – chercher à aider les salariés dans leurs conflits avec les employeurs. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le détail de leurs modes de désignation et de leurs rôles. Il importe cependant de montrer aux élèves que les salariés s'appuient sur eux lorsqu'il s'agit de faire valoir leurs droits auprès des employeurs. Les délégués du personnel obligatoires dans les entreprises d'au moins 11 salariés (accords de Matignon de 1969, loi du 20 décembre 1982) sont élus par les salariés pour 4 ans et ont aussi bien un rôle d'information des salariés, de consultation par l'employeur, de réclamation au nom des salariés. Les comités d'entreprise (22 février 1945) dans lesquels sont présents des représentants du personnel sont obligatoires dans les établissements de plus de 50 salariés. Souvent perçus à travers ses œuvres sociales et culturelles, le rôle du comité d'entreprise est bien plus large puisqu'il est informé et consulté quant à l'organisation du travail, la gestion de l'entreprise notamment sur tout ce qui peut avoir des effets sur le volume ou la qualité de la main d'œuvre (comme la formation professionnelle). Enfin les syndicats disposent du droit de constituer une section syndicale d'entreprise depuis le 27 août 2008. Le syndicat désigne des délégués syndicaux au sein des sections afin de diffuser l'information syndicale auprès du personnel de l'entreprise, défendre les salariés auprès de l'employeur, de négocier des accords, les salaires, la durée de travail,… Les salariés ne sont donc pas totalement livrés à eux-mêmes face à l'employeur, leurs représentants sont là pour négocier pour eux et les défendre.

Les conflits employeurs/salariés peuvent aussi bien concerner le niveau individuel (un salarié face à son employeur) que le niveau collectif. Le droit du travail intervient de multiples manières, à chacun de ces niveaux, pour encadrer la régulation pacifique de ces conflits et les éviter au maximum. Il s'agit aussi bien de protéger les intérêts du salarié face à l'autorité de l'employeur que de protéger l'entreprise face aux risques que peuvent lui faire encourir certains agissements des salariés. L'objectif principal est ici de montrer aux élèves comment le droit du travail permet de réguler les conflits du travail. A ce stade, deux enjeux peuvent être abordés avec les élèves.

2.2.1. Quel recours un salarié a-t-il en cas de sanctions individuelles injustes ?

Le premier enjeu se centre sur les conflits pouvant naitre au niveau individuel. Les relations entre employeur et salariés sont au cœur de l'entreprise. L'employeur a besoin des salariés pour mettre en œuvre son activité productive. Le salarié a besoin de l'employeur pour lui fournir un emploi. Au-delà de cet intérêt commun, de multiples motifs peuvent amener employeurs et salariés sur la voie du conflit. A partir d'un exemple concret (licenciement suite à de multiples absences, rétrogradation pour incompétence, licenciement pour avoir critiqué la hiérarchie sur un réseau social,…), on montrera que si l'employeur a en effet la possibilité de sanctionner des salariés qui ne respecteraient pas leurs engagements, leur contrat de travail ou le règlement intérieur, il doit toutefois se plier à certaines procédures et ne peut abuser de ce pouvoir. Comment un salarié peut-il se défendre en cas de sanctions qu'il juge injustes ?

Rappelons dans un premier temps les possibilités de sanctions qui s'offrent à l'employeur lorsqu'un salarié ne lui donne pas entière satisfaction. Les sanctions affectent la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération (Code du travail, article 1331-1 et 122-40). Celles-ci sont multiples et dépendent de la gravité de la faute commise (blâme, avertissement, mutation, rétrogradation, mise à pied disciplinaire, licenciement). Une seule sanction prévue au règlement intérieur pourra cependant être appliquée. En revanche, certaines sanctions sont interdites telles que les sanctions pécuniaires, celles liées à la vie personnelle des salariés, les mesures discriminatoires ou toute sanction envers le témoin d'harcèlement ou d'acte de corruption. Le salarié peut ressentir ces sanctions comme injustes, voire illégales. Un certain nombre de recours s'offre ainsi à lui pour faire valoir ses droits.

Tout d'abord, le salarié peut tenter une négociation avec son employeur. Le salarié peut lors d'entretiens amener l'entreprise à lui proposer une « rupture conventionnelle de contrat de travail » pour pouvoir en plus bénéficier d'indemnités et d'allocations chômage. Lors de ces entretiens, le salarié peut être assisté par des représentants du personnel ou par un conseiller. Après un licenciement, le salarié peut également mener une « transaction » pour négocier son départ aux meilleures conditions. Cette transaction peut concerner le montant des dommages et intérêts. En cas de licenciement susceptible d'être litigieux, les entreprises sont d'autant plus enclines à négocier qu'elles veulent éviter une procédure judiciaire qui pourrait leur coûter cher. Après la transaction, employeur et salarié ne peuvent revenir sur les points de la transaction qui a l'autorité de la chose jugée. Ainsi, le 22 février 2012, le tribunal de commerce de Paris a donné raison à Anne Lauvergeon, ex n°1 d'Areva, qui réclamait le paiement d'indemnités négociées après son départ dans le cadre d'un protocole transactionnel.

La voie judiciaire est également ouverte à tout salarié qui souhaiterait contester une sanction. En effet, le rôle du Conseil des prud'hommes est bien de régler les éventuels conflits entre un employeur et un salarié intervenant du fait de l'existence d'un contrat de travail. Le salarié directement ou par l'intermédiaire de son avocat peut saisir le Conseil de prud'hommes. Il pourra d'ailleurs s'y faire assister par un délégué syndical. La procédure devant le Conseil de prud'hommes comporte deux étapes. Durant la phase de conciliation, les deux parties tentent de trouver un accord grâce à deux conseillers. S'il n'y a pas de conciliation possible, une audience de jugement a lieu durant laquelle les parties sont entendues par au moins 4 conseillers qui prennent, après une éventuelle enquête, une décision à la majorité absolue. Si aucune majorité n'émerge, un juge départiteur sera alors nommé. Ainsi, deux salariés d'une entreprise d'ingénierie licenciés en 2008 pour avoir dénigré leur hiérarchie sur Facebook ont porté l'affaire devant le Conseil des prud'hommes de Boulogne Billancourt. Le 19 novembre 2010, le Conseil a estimé que la tenue de propos injurieux constituait un motif légitime, une cause réelle et sérieuse de licenciement. Les salariés n'ont donc pas eu gain de cause. Cette décision a fait grand bruit. Elle se basait en effet sur l'idée que des propos tenus sur un réseau social pouvaient être considérés comme publics.

Elle montre bien les tensions autour de la liberté d'expression qu'Internet fait jaillir. On pourra éventuellement évoquer plus longuement cette décision dans le thème 2.10 du programme « Internet et le droit ».

En cas de décision contraire à leurs intérêts, les salariés bénéficient d'autres voies de recours. Ils peuvent ainsi faire appel de la décision devant une chambre sociale d'une cour d'appel (quand la demande porte sur une somme supérieure à 4000 €) qui jugera à nouveau le procès. Ils peuvent également se pourvoir en cassation devant la chambre sociale de la Cour de Cassation (pour les sommes inférieures à 4000 €) qui ne fera que vérifier la bonne application du droit.

On voit donc que le droit du travail tente de réguler les conflits individuels entre employeurs et salariés tant en leur permettant de négocier entre eux qu'en jugeant de la légalité des sanctions prises par l'employeur.

2.2.2. Le rôle des syndicats dans la défense des intérêts collectifs des salariés

Pour ce deuxième enjeu, nous proposons d'évoquer l'importance des syndicats dans la régulation des conflits collectifs. L'objectif est de bien faire comprendre aux élèves que leur rôle ne se résume pas à l'organisation de grèves mais qu'ils interviennent aussi en amont par l'imposition de négociations et en aval par le règlement judiciaire de certains contentieux.

Il s'agit donc de montrer dans un premier temps que les syndicats, en tant que représentants des salariés, participent à la régulation des conflits sociaux en participant à l'élaboration de règles encadrant les rapports entre employeurs et salariés. En effet, les syndicats participent aux négociations des conventions collectives et aux accords collectifs puisqu'ils ont droit à « la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales » (Code du travail, L. 2221-1). C'est le cas aussi bien au niveau de l'entreprise, de la branche ou au niveau national. A ces deux derniers niveaux, seuls les syndicats représentatifs peuvent être présents et faire entendre leur voix. A noter cependant que les critères de représentativité ont changé avec la loi du 20 août 2008 portant « rénovation de la démocratie sociale » et font désormais une place plus importante à l'audience électorale. Ainsi, au niveau national et de la branche, un syndicat sera jugé représentatif s'il a recueilli 8% des voix exprimés au premier tour des élections des représentants du personnel. Ce seuil – au niveau de l'entreprise - est de 10% des suffrages exprimés au premier tour du comité d'entreprise.

Ces accords et conventions collectifs qui se sont développés ont une grande importance dans la mesure où –grâce à la négociation entre syndicats d'employeur et syndicats de salariés- ils vont permettre d'établir des « règles du jeu » communes, et d'éviter des conflits incessants sur les points sur lesquels portent l'accord ou la convention. La convention collective peut être conclue au niveau de la profession, d'une région, d'un département, d'un groupe ou d'une entreprise et de l'établissement. Elle vise à compléter le Code du travail et porte sur l'ensemble des conditions d'emploi et de travail telles que la formation professionnelle, le salaire minimum, les garanties sociales, les primes, congés, l'aménagement du temps de travail,… L'accord collectif s'en distingue du fait qu'il ne traite que de l'un ou de quelques uns de ces éléments. Si les accords et conventions collectifs peuvent être ordinaires (lorsqu'ils n'engagent que ceux qui les signent) ou étendus à toute la branche professionnelle (lorsqu'ils ont été signés par des syndicats représentatifs et après une procédure d'extension à la demande d'une organisation représentative d'employeurs ou salariés voire même du ministre du Travail). Ils peuvent également être élargis à d'autres entreprises localisées dans des régions différentes ou dans un autre secteur professionnel. De multiples exemples d'accords ou conventions collectives peuvent être donnés. On pourra s'appuyer sur l'exemple historique que constituent les accords de Grenelle de 1968, signés en plein mouvement contestataire, et qui ont permis un accord sur les augmentations de salaire, le salaire minimum, la création de la section syndicale d'entreprise,… Il est également possible de s'appuyer sur l'actualité. En 2012 par exemple ont lieu des négociations pour un accord « compétitivité emploi » qui permettrait aux employeurs de garantir le maintien de l'emploi dans l'entreprise en temps de crise grâce à la possibilité de faire varier les salaires et le temps de travail sans préalable accord du salarié.

Les syndicats ont également pour devoir de réguler les potentiels conflits collectifs du travail en raison de leur obligation de négocier avec les employeurs de manière régulière (loi du 13 novembre 1982). Au niveau de la branche, dès lors qu'existe une convention ou un accord collectif, des négociations sur les salaires sont ainsi obligatoires chaque année. D'autres négociations doivent également avoir lieu tous les 3 ans (sur les conditions de travail par exemple) et tous les 5 ans (à propos des classifications professionnelles,…). Au niveau de l'entreprise, des négociations ont également lieu tous les ans (sur les salaires, l'organisation du temps de travail,…) et tous les 3 ans (sur la manière de gérer les emplois en lien avec les éventuelles évolutions économiques,…).

On voit donc que les syndicats ont été institutionnalisés pour tenter de prendre en considération les aspirations des travailleurs, pour permettre d'élaborer des « règles du jeu » du travail et éviter que des conflits avec les employeurs ne se développent. Le rôle le plus visible des syndicats quant aux conflits avec l'employeur au niveau collectif est sans doute celui de la défense des intérêts des travailleurs, en aval, c'est-à-dire quand le conflit est déjà installé. En cas de conflit collectif, le syndicat peut avoir un double rôle.

Tout d'abord, les syndicats peuvent entamer des procédures judiciaires puisqu'ils ont la possibilité d'ester en justice (art. L.1232- 3 du Code du travail) et de se constituer partie civile et ce devant tous les tribunaux. Alors que le droit ne reconnaît habituellement pas la possibilité à un tiers d'entamer une procédure par procuration, les syndicats bénéficient de cette possibilité pour défendre l'intérêt collectif de leur profession en cas d'atteinte à ses intérêts (le préjudice) et pour réclamer aux employeurs des dommages et intérêts. Ce principe pose quelques problèmes dans les faits. Pour que les tribunaux acceptent l'intervention des syndicats, il faut en effet que le caractère collectif du litige soit avéré c'est-à-dire qu'il concerne directement un certain nombre de salariés, qu'il puisse se répercuter sur la totalité ou sur une partie des salariés d'une entreprise ou une profession, ou remette en cause un droit collectif des travailleurs… Les procédures peuvent donc concerner des situations très variées : conflits concernant les dispositions prises par l'employeur dans le règlement intérieur d'un établissement, entraves au fonctionnement des instances représentants le personnel, des sanctions disciplinaires pour les personnels grévistes,… Cependant, certaines juridictions reconnaissent moins facilement que d'autres la possibilité des syndicats d'entamer des actions en justice et peuvent refuser les recours où l'intérêt collectif évoqué est en fait un intérêt général, commun à l'ensemble des citoyens. L'action en justice des syndicats rencontre donc cette limite, dont la frontière est dépendante du type de juridiction.

Enfin et surtout, les syndicats peuvent aussi appeler à la grève, à « la cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées et auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction » (arrêt de la Cour de cassation, 17 janvier 1968). Ce rôle est primordial dans les services publics puisqu'ils sont les seuls à pouvoir appeler à la grève. Il apparait ici utile de préciser l'importance des syndicats quant au déclenchement des grèves mais aussi quant à leur exécution. En effet, ils organisent les actions et donnent une plus grande visibilité aux revendications des salariés. Ils peuvent également tenter de réguler les grèves afin qu'elles ne dépassent pas les limites du droit. Ils vont également participer aux procédures de règlement du conflit comme la commission de conciliation. Enfin, les syndicats peuvent également protéger les salariés grévistes en intentant des procédures judiciaires en cas de discriminations pour motif de grève. Les licenciements de personnel gréviste sont ainsi interdits.

On s'aperçoit donc de l'importance des syndicats quant à la régulation des conflits sociaux. S'ils sont un organe de défense des intérêts des travailleurs, les syndicats sont également une instance de négociation, un partenaire des employeurs afin d'éviter tout conflit par la mise en place de règles concertées. Cependant, ils peuvent aussi être de redoutables opposants aux employeurs, lors de leur participation aux procédures judiciaires et lorsqu'ils appellent à la grève.

2.2.3. Piste de réflexion : quelles limites au droit de grève ?

Le droit de grève est une liberté fondamentale et a valeur constitutionnelle. Cessation collective de travail, la grève peut considérablement désorganiser tout un secteur de production, voire même au-delà.

Grève dans les transports, grève des routiers, grève des professeurs, grève des infirmiers,… ces mouvements sont parfois d'autant plus médiatisés qu'ils ont des répercussions sur le quotidien de l'ensemble de la population et peuvent paralyser tout un pays. Ainsi les grèves chez Air France durant les vacances de la Toussaint 2011 ont montré la tension qui pouvait exister entre le droit des grévistes et les contraintes productives des entreprises, notamment en termes de satisfaction de la clientèle. En effet, de nombreux vols avaient dû être annulés à la dernière minute, empêchant ainsi des familles de se rendre sur leur lieu de vacances. Cet événement a relancé le débat autour de l'encadrement du droit de grève. C'est donc afin de préserver les intérêts de l'entreprise et parfois même l'intérêt général que le droit de grève a été limité.

La grève est cependant juridiquement encadrée afin d'éviter une trop grande désorganisation de l'entreprise. Pour être considérée comme une grève, la cessation de travail doit être totale, quelle qu'en soit la durée, mais peut être répétée sur plusieurs jours et de courte durée si elle ne vise pas à désorganiser l'entreprise. En revanche, sont considérées comme abusives les grèves dont les revendications apparaissent comme déraisonnables et les grèves basées sur des revendications ne pouvant être satisfaites par l'employeur (grève de solidarité). Les grèves sont également jugées abusives à chaque fois que les méthodes employées visent explicitement à désorganiser l'entreprise ou tendent à entraver la liberté du travail. Ainsi, les grèves perlées ou des débrayages inopinés ont pu être qualifiés d'abusifs dès lors que la volonté de porter atteinte à l'entreprise semblait avérée. La jurisprudence a donc cherché à protéger les entreprises sans nuire toutefois au droit de grève, en reconnaissant des cas d'abus de l'exercice du droit de grève. En cas d'exercice abusif du droit de grève, des sanctions sont d'ailleurs possibles que ce soit le licenciement pour faute lourde (en cas d'incendies des locaux par exemple), des sanctions pénales ou la mise en œuvre de la responsabilité civile des meneurs de la grève.

La grève est également limitée. En effet, dans les services publics, le Code du travail prévoit des dispositions afin de garantir le principe de continuité du service public. Le droit de grève y est donc bien plus encadré qu'ailleurs : un préavis doit obligatoirement être déposé au moins 5 jours avant le début de la grève, des négociations doivent avoir lieu entre temps, des réquisitions peuvent être faites en cas de grave atteinte au principe de continuité du service public. Le droit de grève est même interdit à certains personnels comme les militaires, les CRS, les pompiers professionnels,… Dans le domaine des transports publics, un « service minimum » a même été imposé par la loi sur « le dialogue social et la continuité du service public dans les transports publics » le 21 août 2007. Il s'agissait d'encadrer le droit de grève tout en garantissant même en temps de grève les libertés d'aller et venir, du travail, du commerce, de l'industrie et d'accès au service public. C'est dans ce même esprit que le gouvernement à imposé aux salariés d'Air France l'obligation de se déclarer gréviste au moins 48 heures à l'avance, sur le modèle de ce qui existe déjà à la RATP et à la SNCF. Le texte a été adopté le 1er mars 2012.

2.3. La liberté du travail est-elle garantie aujourd'hui ?

La liberté du travail est un principe fondateur du droit du travail, mais pour autant c'est un concept difficile à appréhender. En effet, son origine même fait débat. Les juristes la datent au décret d'Allarde des 14-17 juin 1791 qui stipule qu' « il sera bon à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon ». Quant aux historiens, ils la font remonter à l'édit de Turgot de 1776 qui prônait : « Chaque individu talentueux ou non doit pouvoir avoir la possibilité d'effectuer quelque travail qu'il souhaite, ou même d'en effectuer plusieurs. Ainsi, cette liberté de travailler pour tous implique la volonté d'abolir les privilèges, les statuts, et surtout les institutions arbitraires qui ne permettent pas aux nécessiteux de vivre de leur travail, et qui semblent condamner la liberté de travail pour tous ».

Il s'agissait donc d'affirmer la liberté de chacun d'obtenir un travail en dehors de toute appartenance à une jurande ou une corporation même s'il fallût attendre la Révolution Française pour que ces dernières soient abolies (Loi Le Chapelier, 1791). Le principe de la liberté du travail a été repris aussi bien dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948, article 23) que dans la Charte sociale européenne ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A chaque fois, elle y est associée au droit au travail. Par ailleurs, sa définition fait l'objet d'incertitudes. Ce principe peut se comprendre sous deux angles. Pour le salarié, il s'agit de la liberté d'exercer la profession de son choix tel qu'affirmé dans le préambule de la Constitution de 1946 Pour l'employeur, il sous-entend une liberté d'embauche c'est-à-dire le choix de son personnel.

Dans le contexte économique actuel, comment la liberté du travail est-elle garantie ? Est-elle un principe toujours fondateur de notre droit du travail ? D'autres principes viennent-ils la concurrencer voire la réduire ?

Nous proposons ici quelques angles permettant d'aborder la notion de liberté du travail au regard de grands enjeux actuels : un enjeu économique avec le problème des contraintes de la production et de la concurrence, deux enjeux sociaux à travers le droit de grève et les discriminations.

2.3.1. Liberté du travail du salarié, contraintes productives et concurrence

En dépit de leur besoin grandissant de flexibilité, les entreprises recherchent une main d'œuvre fixe et formée. Une main d'œuvre qui connait leurs secrets de fabrication et maitrise parfaitement les processus de production. Il leur est donc nécessaire de pouvoir stabiliser une partie de cette main d'œuvre pour empêcher que les meilleurs éléments ne partent à la concurrence, avec leurs techniques. Cette contrainte se heurte au principe de la liberté du travail qui empêche les entreprises de conserver leurs salariés contre leur gré pour protéger leur activité face à la concurrence. On décèle ici la tension qu'il peut y avoir entre le principe fondamental de liberté du travail et les contraintes de la concurrence. Un salarié peut-il exercer sa liberté du travail dans n'importe quelles conditions ? Peut-il se faire embaucher directement par un concurrent ? Quelles solutions s'offrent à l'entrepreneur ? Cette partie présente donc un regard croisé avec la partie du programme consacrée à l'entreprise (2.5) et aux règles de la concurrence. L'objectif est de montrer les tensions pouvant exister entre liberté du travail et contraintes de production, notamment au travers des conditions de la licité de la clause de non-concurrence.

Le principe de la liberté du travail par le salarié se concrétise avant tout par le fait que celui-ci peut changer d'emploi en mettant un terme à son contrat de travail quand il le souhaite dès lors qu'il est en CDI. L'article L. 122-4 du Code du travail affirme ainsi la possibilité pour le salarié de rompre son contrat de travail de manière unilatérale. Pour ce faire, trois possibilités s'offrent à lui. Tout d'abord, le salarié peut démissionner. La démission est un droit et n'a donc pas besoin d'être acceptée par l'employeur. Celle-ci doit être clairement formulée, sans aucune forme de pression de la part de l'employeur et dans des conditions psychologiques normales. La démission ne doit pas forcément être présentée sous une forme prédéfinie, sauf lorsque les conventions collectives exigent un écrit par exemple. L'absence de règles en la matière vise à préserver et faciliter la liberté du travail du salarié. Notons également que le salarié peut également rompre son CDI par la « prise d'acte » de la rupture du contrat de travail par l'employeur lorsque celui-ci ne remplit pas ses obligations. Ainsi, en cas de harcèlement moral ou sexuel, le salarié a le droit de prendre acte de la rupture de son contrat au motif d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 3 février 2010). Enfin, lorsqu'un employeur ne remplit pas ses obligations, le salarié peut également entreprendre une action en résiliation judiciaire du contrat de travail. Il sera alors décidé par le Conseil des prud'hommes de la validité de la demande du salarié. On voit donc que la liberté du travail confère des droits aux salariés : celui de quitter son emploi pour en choisir un nouveau quand celui-ci ne lui convient plus, lorsque sa sécurité est menacée, ou lorsque l'employeur ne répond plus à ses obligations.

Cependant, le départ d'un salarié du jour au lendemain peut entraîner des difficultés pour les entreprises. Afin d'assurer une meilleure organisation de la production et faciliter une meilleure gestion de la main d'œuvre, la loi encadre donc en partie la liberté du travail. En effet, le salarié n'a le droit de quitter son emploi sans préavis que si les obligations de l'employeur n'ont pas été respectées. En revanche, en cas de démission, le salarié doit respecter un préavis ou délai-congé. Sa durée dépend de la loi ou des conventions collectives voire des usages. Elle varie aussi en fonction des qualifications du salarié : les cadres ont un préavis à respecter plus long que les ouvriers. Le salarié doit donc rester à la disposition de son entreprise durant la durée du préavis. La Cour de Cassation a confirmé à de multiples reprises que le salarié s'exposait à devoir verser des indemnités de rupture de contrat à son employeur si son préavis n'était pas respecté. Toutefois, une entreprise peut dispenser un salarié de préavis si elle juge que son activité n'en sera pas fortement perturbée. Par ailleurs, la loi protège également l'entreprise face à des démissions abusives, c'est-à-dire des démissions motivées par la volonté de nuire à l'entreprise. Ainsi, un mannequin a été sanctionné pour avoir démissionné le jour d'un défilé où devait être présenté plusieurs modèles d'un grand couturier à ses mesures (arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation, 19 juin 1959).

On voit donc que la liberté du travail des salariés ne peut s'exercer que si l'entreprise a les possibilités concrètes de pallier son départ. Les contraintes de l'activité productive ont ainsi amené à encadrer la liberté du travail.

Les tensions existant entre la liberté du travail et l'activité de production s'exacerbent également à travers le contrôle que les entreprises tentent de mettre sur les futures activités de leurs salariés partants. Elles cherchent parfois à empêcher une fuite des salariés les plus compétents mais aussi à les dissuader d'aller chercher un emploi mieux rémunéré chez un concurrent. Les entreprises intègrent ainsi souvent au contrat de travail une « clause de non concurrence » qui stipule que le salarié s'engage – après son départ- à ne pas rejoindre une entreprise concurrente ou à ne pas créer une entreprise qui viendrait concurrencer son ancien employeur. Cette clause n'est pas prévue par le Code du travail. Son application entraîne donc souvent des contentieux dans la mesure où il s'agit d'une atteinte importante à la liberté du travail. La clause de non-concurrence est cependant reconnue dans de nombreux cas. En effet, à partir du moment où elle est stipulée par écrit dans le contrat de travail ou dans la convention collective, l'entrepreneur peut légitimement s'en prévaloir si les intérêts de l'entreprise sont réellement menacés. Ainsi, un salarié ne respectant pas la clause de non-concurrence pourra être sanctionné : l'entreprise pourra ne pas lui verser son indemnité (arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 5 mai 2004), pourra en demander le remboursement, ou réclamer des dommages et intérêts (Cour de Cassation, 14 mars 1995). La clause de non-concurrence – atteinte à la liberté du travail- est donc opposable au salarié et montre la reconnaissance des intérêts de l'entreprise par le juge en la matière.

Cependant, elle est réaffirmée à travers les conditions attenantes à cette clause que la jurisprudence défend vigoureusement depuis les arrêts de la Cour de cassation du 10 juillet 2002. En effet, la Cour de cassation a mis en évidence la nécessité de limitation de la clause dans le temps (à 2 ans environ en moyenne) et dans l'espace (arrêt Gan du 18 septembre 2002). Par ailleurs, la clause de non-concurrence ne doit pas empêcher le salarié d'exercer sa profession et donc le priver de tous les emplois auxquels sa qualification lui permettrait de prétendre. Enfin, la clause de non-concurrence n'est valable qu'en contrepartie d'un dédommagement financier et ce quels que soient les motifs de la rupture du contrat. En cas de non-respect de ces conditions, la clause de non-concurrence est considérée comme nulle.

Des arbitrages juridiques sont donc nécessaires pour protéger le travailleur aujourd'hui tout en assurant aux entreprises que le départ de leur salarié ne mettra pas en péril leur activité. La clause de non-concurrence est un bon exemple du pouvoir du juge : refusant la nullité absolue de cette clause, il a posé les conditions de sa licité.

2.3.2. Une grève peut-elle justifier une entrave à la liberté du travail ?

La liberté du travail peut également devenir un enjeu social lorsqu'elle se heurte au droit de grève. Nous avons déjà évoqué le droit de grève dans l'approche précédente et vu qu'il s'agissait d' « une liberté publique, fondatrice du droit du travail » (Cour de Cassation, 1990). Pourtant, le droit de grève ne saurait autoriser toutes les pratiques. Ainsi, il contrevient parfois à la liberté du travail de certains salariés en ce qu'une grève peut empêcher volontairement certains salariés d'exercer leur activité professionnelle. Cet angle est clairement suggéré par les indications complémentaires du programme de DGEMC et vise à montrer aux élèves les tensions existant entre liberté du travail et droit de grève et dans quelles conditions l'entreprise peut restreindre la liberté du travail en temps de grève.

Au 20e siècle, c'est grâce au principe de liberté du travail qu'ont été interdites un ensemble de clauses au sein des conventions collectives visant à interdire l'emploi de salariés non-syndiqués (clauses dites de closed shop). La loi du 27 avril 1956 condamne ces clauses. A partir de là, la liberté du travail va être également être conçue comme un principe devant permettre à chacun de travailler, devant interdire toute pratique empêchant concrètement un individu d'exercer son emploi. Ainsi, le code du travail punit le délit d'entrave à la liberté du travail posé à l'article L 431-1 du Code pénal :

« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».

Des salariés grévistes qui empêcheraient des travailleurs non-grévistes d'exercer leur activité professionnelle en occupant une usine par exemple peuvent être condamnés (arrêt de la Cour de Cassation, chambre sociale, 21 juin 1984).

Cette application du principe de liberté du travail fait parfois l'objet de mécontentement de la part des syndicats qui y voient une atteinte au droit de grève. En effet, la liberté du travail est toujours présentée dans la loi comme une limite à apporter à des abus faits au nom du droit de grève ou du droit syndical (« l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail », article L. 412-1 du Code du travail). Les tensions entre cette liberté fondamentale qu'est le droit de grève et le principe de liberté du travail sont tellement fortes que la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué. Alors qu'elle avait longtemps considéré la rétention d'un bien de l'entreprise par des grévistes comme une faute lourde, elle n'a pas retenu l'entrave à la liberté du travail à l'encontre de grévistes retenant les clés des véhicules de leur entreprise de livraison jusqu'à l'ouverture des négociations dans la mesure où l'entreprise n'avait pas prouvé que les véhicules des grévistes auraient pu être utilisés par d'autres salariés de l'entreprise (arrêt du 8 février 2012).

Ce cas de figure est cependant assez rare. Généralement, la liberté du travail en temps de grève est davantage bafouée par l'employeur lui-même. En cas de conflit du travail, celui-ci peut décider d'un lock-out, c'est-à-dire d'une fermeture temporaire de l'entreprise. Cependant, les salariés non-grévistes ne touchent pas leur salaire durant cette fermeture alors que leur liberté du travail n'est pas respectée. L'entreprise peut à travers le lock-out chercher à faire pression sur les grévistes afin d'étouffer le mouvement social. Les juridictions ont dès lors dû statuer sur le caractère licite ou non d'un lock-out. Le lock-out est considéré comme une entrave à la liberté du travail du salarié lorsque celui-ci est préventif, s'il vise à faire pression sur les grévistes ou s'il est institué comme sanction à la fin d'une grève. En revanche, le lock-out est autorisé en cas de violences, de force majeure ou situation contraignante. La Cour de Cassation a ainsi rejeté le pourvoi des syndicats qui accusaient l'entreprise Cogema d'avoir mis abusivement les salariés non-grévistes au chômage technique au motif que l'entreprise avait attendu que le secteur de production soit complètement paralysé avant de décider du lock out ce qui constituait une situation contraignante (arrêt du 4 juillet 2000). La liberté du travail en temps de grève peut donc être entravée par l'employeur dans certaines circonstances.

2.3.3.-Angle complémentaire : le principe de non-discrimination, une atteinte à la liberté de choisir son personnel ?

On pourrait enfin évoquer l'encadrement de la liberté d'embauche en évoquant le principe de non-discrimination. En effet, quelle liberté du travail est offerte à ceux à qui un emploi serait interdit du fait de leur sexe, leur âge, leur religion,… ? Cet angle est moins suggéré par le programme sur notre thème mais présente un intérêt du fait de sa proximité avec le thème 2.9. « Egalité et lutte contre les discriminations ». Il pourra être abordé éventuellement comme angle complémentaire permettant d'aborder le point 2.9. Traiter des discriminations sous l'angle de l'emploi se justifie par le fait qu'en 2010, 50% des réclamations reçues par la Halde avaient trait à ce type de discriminations. Nous choisissons ici d'aborder les discriminations sous l'angle de leurs rapports avec la liberté du travail de l'employeur.

L'employeur dispose de la liberté de choisir ses collaborateurs (Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1 988). Cette liberté s'inscrit dans le cadre du principe de la liberté du travail puisqu'elle est la réciproque de la possibilité offerte au salarié de choisir son lieu de travail. Cela implique que l'entreprise fasse une différence entre différents candidats : certains seront retenus, d'autres non. Cependant, cette liberté est – comme celle du salarié - encadrée juridiquement. L'employeur doit respecter des procédures et des dispositions particulières à certaines catégories de population (comme les travailleurs handicapés ou les étrangers).

On peut prendre l'exemple des jeunes qui ne peuvent être embauchés avant la fin de leur obligation de scolarité à 16 ans, sauf pendant les périodes de vacances scolaires où ils peuvent être embauchés dès 14 ans. Parmi l'ensemble des mesures venant limiter la liberté du travail de l'employeur, l'interdiction des discriminations à l'embauche a pris un véritable essor depuis une trentaine d'années.

La discrimination à l'embauche fait référence à une différence de traitement dans l'allocation d'un poste à pourvoir entre des personnes se faisant sur la base de caractéristiques non-professionnelles. En ce sens, elle est une entrave au droit du travail de ces personnes et pose donc la question de l'exercice réel de leur liberté du travail. La loi du 4 août 1982 interdit ce genre de pratiques, contraires à la valeur républicaine d'égalité. Modifiée à de multiples reprises, sous l'impulsion du droit communautaire notamment, elle précise : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (…) notamment en matière de rémunération (…), de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Toute différence de traitement n'est donc justifiée que si elles sont dues à des éléments objectifs et pertinents. Il est à noter que depuis 2001 le champ de l'interdiction des discriminations ne concerne plus uniquement les discriminations à l'embauche.

De nombreux exemples peuvent être donnés de ces interdits. Ainsi, en matière de recrutement, les offres d'emplois publiées ne peuvent faire mention de conditions liées à l'âge, le sexe, l'état de santé, les orientations sexuelles, la religion, la situation de famille… ou être rédigées dans une langue étrangère. Par ailleurs, l'entrepreneur ne doit pas prendre en considération ces éléments dans le choix de son salarié. Ainsi, le fait qu'elle soit enceinte ne peut constituer un motif valable pour ne pas embaucher une candidate (CJCE, 17 mars 2004). Le choix doit donc être pris pour des raisons objectives que l'entreprise doit pouvoir justifier. De nombreuses entreprises ont de ce fait pu être condamnées par la justice pour discrimination raciale (Cour d'Appel de Paris, 17 octobre 2003 ou 6 juillet 2007), celle-ci étant la première forme de discrimination à l'emploi invoquée. Pour éviter les discriminations à l'embauche, l'article L. 1221-7 du Code du travail invite à l'utilisation du « CV anonyme » dans les entreprises de plus de 50 salariés qui n'a pu être réellement mise en place faute de décrets d'application. Expérimenté entre 2009 et 2010, le « CV anonyme » consiste à rendre anonyme l'identité du candidat, ses coordonnées, son sexe, son âge, son lieu de naissance, sa nationalité, sa situation familiale et sa photographie.

Les résultats de l'expérimentation se sont montrés particulièrement décevants : si les discriminations basées sur le sexe ont considérablement diminué, les effets sont même négatifs pour les candidats issus de l'immigration ou résidants dans des zones défavorisées qui bénéficiaient de l'indulgence des employeurs. La généralisation du CV anonyme ne devrait donc pas avoir lieu.

La liberté de choisir son personnel implique également la possibilité de licencier le personnel qui ne correspond plus aux exigences de l'entreprise. Le salarié est protégé de multiples manières pour éviter le licenciement abusif. En effet, outre le licenciement économique dont la raison n'est pas inhérente à la personne du salarié mais aux évolutions de l'entreprise, tout licenciement doit être motivé par une cause réelle et sérieuse telle que des absences injustifiées, le refus d'exécuter le travail prévu à son contrat, des injures,… Il est donc interdit de procéder au licenciement d'un salarié pour des raisons non-objectives. La Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 19 juin 2003 a annulé le licenciement d'une télé-enquêtrice refusant de retirer un foulard islamique alors que cela n'allait pas à l'encontre des intérêts de son entreprise.

Comment agir dès lors qu'un salarié est victime de discrimination ? La justice dispose de plus en plus de moyens pour lutter contre les discriminations. Plusieurs juridictions peuvent être saisies : le Conseil des prud'hommes pour obtenir des dommages et intérêts, les juridictions pénales ou le Défenseur des droits, remplaçant de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Ainsi, une enquête menée par l'ex-HALDE a permis à la Cour de cassation (arrêt du 19 février 2010) de condamner la société Airbus à verser 18 000 € d'amende pour discrimination à l'embauche fondée sur la consonance maghrébine du candidat. En effet, Airbus avait refusé la candidature d'un de ses intérimaires et le justifiait par l'embauche d'un salarié plus diplômé alors que nulle mention d'un diplôme n'était faite dans l'offre d'emploi. L'enquête a permis de mettre à jour le très faible nombre de salariés d'origine maghrébine dans l'entreprise. Le rôle de l'actuel Défenseur des droits est très important en matière de discriminations : il peut – après avoir été saisi par la victime, un syndicat ou une association – faire des visites dans les entreprises, mettre des amendes importantes voire proposer une transaction pénale aux entreprises lorsqu'elles reconnaissent la discrimination. Il a également un grand rôle quant à la communication des jugements et des données.

Ces interdictions limitent donc la liberté du travail de l'employeur. Cependant, pour ne pas contrevenir à de réelles contraintes productives, la législation a prévu des cas où la différence de traitement à l'embauche ou au licenciement basée par exemple sur des différences d'âge, de santé ou de handicap peut être recevable. En effet, celles-ci sont autorisées « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » (article L. 1133-1). C'est notamment le cas pour les emplois où il est déterminant d'appartenir au sexe masculin ou féminin, comme pour les rôles à interpréter par des artistes (article R. 1142-1). On peut également évoquer le cas des salariés absents pour une longue durée en raison d'une maladie et dont le licenciement avait été confirmé par la chambre sociale de la Cour de cassation du fait de « la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement" (16 juillet 1998). Par ailleurs, des différences de traitement en fonction de l'âge ou du travailleur peuvent se justifier si elles s'inscrivent dans un but légitime comme l'insertion professionnelle.

La liberté du travail de l'employeur est donc limitée par l'arsenal législatif anti-discriminations visant à améliorer l'égalité des personnes devant l'emploi. Si l'interdiction des discriminations se heurte parfois aux contraintes productives reconnues par la loi, il n'en demeure pas moins qu'elles permettent une protection de plus en plus importante des salariés et constituent une garantie supplémentaire de l'exercice de leur liberté du travail. En effet, il parait important d'œuvrer à la liberté du travail pour tous les salariés quelles que soient leurs caractéristiques et l'existence de discriminations à l'embauche et au licenciement peut être considérée comme une entrave à celle-ci.

2.4. Les évolutions du droit du travail sous l'impact de l'Union Européenne

2.4.1. Les sources européennes du droit :

Attention : Il importe de distinguer, au sein de droit européen, le droit non communautaire et le droit communautaire.

Le droit non communautaire

Le droit non communautaire émane du Conseil de l'Europe (traité de Londres 1948) les normes établies dans ce cadre sont notamment édictées dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (1950) ou de la Charte sociale européenne (1961) définissant les droits des salariés. Pour être intégrées au droit français, les conventions et chartes européennes non communautaires doivent être ratifiées par le Parlement.

Le droit communautaire

Le droit communautaire, qui nous intéresse ici, s'impose aux Etats. On distingue, au sein du droit communautaire, le droit originaire, issu du traité de Rome (1957) et largement complété par les traités successifs et le droit dérivé.

Au niveau communautaire, le droit du travail couvre deux domaines principaux. Il fixe, d'une part, les conditions de travail, qui comprennent le temps de travail, le travail à mi-temps, le travail à durée déterminée et le détachement de travailleurs. D'autre part, il encadre l'information et la consultation des travailleurs, notamment dans les cas de licenciements collectifs ou de reprises d'entreprises.

Le droit communautaire originaire (ou primaire) prend son essence dans le Traité de Rome, qui visait à « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». Il comporte un important volet en droit du travail. On y trouve notamment le principe de la libre circulation des travailleurs et celui de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Le droit communautaire originaire s'appuie également sur les traités et texte successifs qui ont jalonné l'histoire de la construction européenne depuis le traité de Rome, en particulier ces 20 dernières années.

Citons par exemple le traité de Maastricht en 1992, le traité d'Amsterdam en 1997, le traité de Nice en 2001 et le traité de Lisbonne – 2007).

Notons également la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989 qui, si elle n'a pas de force contraignante, pose un certain nombre de principes parmi lesquels celui d'une reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles.

Le droit communautaire dérivé est créé par les institutions communautaires : le Conseil de l'Europe, la Commission européenne, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE).

Le droit dérivé prend principalement la forme de règlements et de directives adoptées par le Conseil de l'Europe.

Les règlements s'imposent aux Etats membres (règlement sur la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté - 1968). Les directives, en revanche, fixent les objectifs mais les Etats membres gardent le choix des moyens pour les atteindre (égalité de traitement entre les hommes et les femmes (1975) maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (1977), charge de la preuve en cas de discrimination (1997) ou, plus récemment, l'information et la consultation des travailleurs en cas de licenciement économique).

Il faut souligner que la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui a pour rôle d'interpréter les dispositions du traité, crée ainsi un véritable droit social européen.

2.4.2. Les enjeux du droit européen

Le droit du travail européen a, on l'a dit, pour origine le Traité de Rome qui visait à l'instauration d'un marché unique. En effet, il s'agissait d'éviter que la création d'un marché unique ne conduise à un amenuisement de la protection des travailleurs ou à un dumping social contraire à la concurrence.

Aujourd'hui pourtant, l'apport du droit communautaire au droit du travail est très controversé et l'Union européenne est souvent accusée d'être dominée par un droit de la concurrence d'inspiration libérale qui contribuerait à la dérèglementation des droits. Le rejet, par les Français, du Traité établissant une constitution pour l'Europe au mois de mai 2004, tient pour une grande partie à la crainte du dumping social, incarné dans la figure du « plombier polonais » et, surtout de son entreprise qui viendrait livrer une concurrence déloyale aux entreprises française parce qu'elle est régie par un droit moins protecteur que le nôtre.

On pourra, dans ce contexte, soulever un certain nombre de questions :

- Dans quelle mesure la mise en place d'un droit du travail à l'échelle de l'Union Européenne est-elle nécessaire à l'intégration européenne ?
- Quelles avancées l'Union européenne a-t-elle permises en matière de droit du travail ?
- Dans quelle mesure le droit européen a-t-il transformé le droit du travail français ?
- La mise en place d'un droit du travail, au niveau européen, a-t-elle réalisé « l'égalisation dans le progrès » promise par le Traité de Rome ?
- Le droit communautaire contribue-t-il à la dérèglementation des droits nationaux ?

- Le droit communautaire en matière de travail, constitue-t-il un corpus suffisant pour harmoniser les conditions de travail à l'échelle européenne ou doit-il être approfondi ?

- Quels sont les moteurs du droit du travail européen ?

2.4.3. Pistes de réflexion

La mise en place d'un marché unique du travail

Le traité de Rome avait pour objectif, à l'égard des travailleurs, d'instituer un marché commun du travail. Ses principaux apports pour les travailleurs des pays membres, ont été d'une part l'affirmation du principe de libre circulation des travailleurs et d'autre part l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en matière d'emploi, de rémunération et des autres conditions de travail. Il a eu pour conséquence la levée des entraves à la libre circulation des travailleurs et l'ouverture des emplois aux ressortissants communautaires (à l'exception des emplois de la fonction publique régalienne). La libre circulation des travailleurs, d'abord mise en place en 1968 dans le cadre de l'Union douanière, a été étendue, en 1994, à l'ensemble des travailleurs de l'Union européenne. Elle comporte le droit de répondre à des offres d'emploi, de se déplacer librement sur le territoire des Etats membres, d'y séjourner et d'y demeurer après avoir occupé un emploi.

En vue de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement, le droit européen s'est doté d'un cadre général pour la lutte contre les discriminations que ce soit pour des raisons de conviction, d'orientation sexuelle, de sexe, de handicap ou d'âge, pour tout ce qui concerne l'emploi, les conditions de travail et la formation (directive du 27 novembre 2000)

Le traité de Rome se donne aussi pour objectif de « promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant une égalisation du progrès » et ce afin d'éviter une concurrence déloyale entre les entreprises des Etats membres.

L'ensemble des directives qui en découlent (1976 sur légalité professionnelle entre les hommes et les femmes ; 1980 et 1989 sur la santé et la sécurité au travail ; 2001, maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise ;) répondent aux nécessités d'un marché du travail unique, qui n'est concevable que si les Etats membres admettent un minimum de principes communs.

Le droit social européen couvre principalement les champs de la libre circulation des travailleurs, l'égalité de traitement homme/femmes, la coordination des régimes de sécurité sociale des travailleurs migrants.

Toutefois, l'harmonisation sociale dans l'Union européenne reste encore à réaliser. Ce manque d'harmonisation soulève un certain nombre de difficultés et de débat, notamment en termes de dumping social. On se souvient notamment des débats autour de la Directive Service (dites Directive Bolkenstein du 12 décembre 2006) qui visait à simplifier pour un prestataire de services d'un État membre les conditions dans lesquelles il pouvait opérer dans un autre État membre. La clause du pays d'origine, qui autorisait des entreprises à appliquer le droit du travail national lorsqu'elles détachaient des travailleurs dans un autre Etat membre a rencontré une vive opposition dans un certain nombre de pays. Cette clause n'a pas été maintenue dans la version finale de la directive votée par le Parlement européen. Néanmoins, l'arrêt Rüffert du 3 avril 2008 (qui confirme l'arrêt Laval du 18 décembre 2007) autorise des entreprises étrangères (lettonne et polonaise) à bénéficier de la possibilité de détacher des travailleurs en Suède et en Allemagne sur la base de leurs législations nationales.

On pourra également étudier le cas de la compagnie aérienne Ryanair. Suite à une procédure judiciaire pour non respect du droit du travail français (2010), Ryanair a fermé sa base marseillaise en janvier 2011… pour la réouvrir quelques mois plus tard, selon un schéma qui lui permettait, de contourner le droit du travail français (affectation temporaire des avions et roulement du personnel chaque semaine, afin que les travailleurs ne puissent être considérés comme travaillant en France).

Ces deux exemples illustrent bien les difficultés posées par la coexistence de système de protection des travailleurs différents et posent la question de la mise en place d'un droit du travail européen.

Certains déplorent par ailleurs que le droit social européen ne progresse que lorsque l'unification des marchés le requiert mais qu'il reste trop silencieux lorsqu'il s'agit de déterminer la place des salariés dans l'entreprise ou de fixer des prérogatives minimales en ce qui concerne le contrat de travail et les droits qu'il ouvre (question d'un salaire minimum européen par exemple).

La protection et les droits des travailleurs

En 1986, l'Acte unique européen confère à l'Union Européenne une plus grande marge de manœuvre dans la mise en place de règles juridiques en matière de droit social. Cet acte autorise notamment le Conseil européen à prendre des prescriptions pour « protéger la santé ou la sécurité » des travailleurs et confie à la Commission Européenne la tâche de développer le dialogue social au niveau européen.

En ce qui concerne le premier point, l'Union européenne a effectivement mis au point un certain nombre de prescriptions minimales en ce qui concerne les droits des travailleurs. Le droit européen encadre notamment les licenciements collectifs (directive du 20 juillet 1998), la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (directive du 22 octobre 2008) ou de transfert d'entreprises (12 mars 2001), elle organise également la consultation et l'information des travailleurs, réglemente le temps de travail (directive du 4 novembre 2003) notamment dans les secteurs du transport routier, des activités en mer et de l'aviation civile.

Malheureusement, en dépit de ces visées protectrices, le droit social européen conduit parfois à des assouplissements du droit du travail qui ne sont pas toujours favorables aux travailleurs. A titre d'exemple on peut signaler qu'à deux reprises, en 1997 puis en 1999 la France a été condamnée par la Cour de justice des communautés européennes pour manquement à l'obligation de transposition de la directive de 1976 concernant le travail de nuit des femmes. La législation française a finalement été modifiée en 2001. La CJCE se fondait ici sur le principe de l'égalité entre les sexes pour justifier sa décision. Elle ne condamnait pas les restrictions au travail de nuit mais le fait que-celles-ci s'appliquent de façon différenciée : le but n'était donc pas d'assouplir le droit du travail. Reste que cette décision à conduit la France à remplacer l'interdiction du travail de nuit des femmes par d'autres dispositions moins protectrices.

En ce qui concerne le second point, c'est en 1992, avec le Traité de Maastricht et l' « Accord sur la politique sociale » (intégré au Traité d'Amsterdam en 1997) qu'est reconnue la négociation collective au niveau européen. Cinq directives ont été adoptées au niveau européen afin d'instituer des mécanismes transnationaux de représentation des travailleurs. Par exemple une première directive concerne en 1994, l'institution d'un comité d'entreprise européen pour les entreprises à dimension communautaires, en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

Aujourd'hui, trois organisations représentent les partenaires sociaux au niveau européen : la confédération européenne des syndicats, pour les salariés ; le « Business Europe et le Centre européen des entreprises à participation publique pour le patronat.

On peut considérer qu'il existe, au niveau européen, un droit commun en matière de représentation collective. Ce droit favorise la mise en place des mécanismes de représentation des travailleurs. Il permet également aux travailleurs d'être associés aux décisions de l'entreprise, par l'intermédiaire de leurs représentants.

Ainsi, la mise en place d'un cadre général pour la négociation collective à permis l'élaboration d'un certain nombre des accords-cadres entre les partenaires sociaux européens. Ainsi, le droit aux congés parentaux et pour des raisons familiales a été introduit dans toute l'Union (directive du 8 mars 2010), le travail partiel facilité (directive du 15 décembre 1997) et le recours à des contrats à durée déterminée successifs limité (directive du 28 juin 1999).

Cependant, le dispositif actuel de représentation des salariés n'est pas pleinement satisfaisant car les travailleurs disposent de droits différents selon qu'ils sont employés dans une entreprise de dimension communautaire, dans une société européenne ou dans une société issue d'une fusion transfrontalière. Il reste donc à concevoir un processus unique d'implication des travailleurs.

La négociation collective entre partenaires sociaux est par ailleurs rendue complexe par la diversité des législations nationales. Par exemple, les intérêts des patronats de différents Etats sont très divergents. Le patronat des Etats à haut niveau de protection sociale à intérêt à une harmonisation par le haut alors que le patronat des Etats à faible niveau de protection sociale résiste à toute harmonisation. Parallèlement, il est souvent difficile de fédérer des salariés issus de 27 pays différents et qui sont parfois culturellement et géographiquement éloignés. En témoigne le faible impact des mobilisations à l'échelle européenne. Cet éclatement des organisations représentatives des partenaires sociaux invite à s'interroger sur la pertinence des modalités de la concertation et de la négociation collective à l'échelle européenne et suggèrent de repenser son organisation.

La stratégie européenne pour l'emploi (SEE) et la flexicurité.

Dès le Traité de Rome, le plein emploi a été instauré comme objectif de la communauté européenne. Toutefois, avant 1997, la coopération entre Etats membres passait principalement par la collaboration au sein des organisations internationales telles que l'OCDE ou l'OIT.

Le traité d'Amsterdam (1997) inclut toutefois un nouveau chapitre relatif à l'« Emploi », suivant ainsi les recommandations de J. Delors, dans sont Livre blanc pour la croissance, la compétitivité et l'emploi (1993).

La nouvelle stratégie européenne pour l'emploi qui nait à cette occasion vise donner une réponse communautaire aux problèmes structurels en matière d'emploi.

Une première stratégie européenne pour l'emploi a été élaborée en 1997, lors du sommet sur l'emploi de Luxembourg qui visait à réduire significativement le chômage à l'échelle européenne en cinq ans. Cette stratégie a été renouvelée depuis, notamment lors du conseil de Lisbonne (2000).

La stratégie européenne pour l'emploi s'appuie sur la Méthode ouverte de coordination (MOC), qui permet aux pays de partager des informations et de coordonner leurs politiques de l'emploi. Cette coordination est assurée par le comité de l'emploi, réunissant les gouvernements nationaux et les institutions européennes, et qui élabore tous les ans un « paquet emploi » se composant, de rapports nationaux, de lignes directrices pour les politiques nationales de l'emploi et de recommandations destinées aux gouvernements nationaux.

La SEE se base sur quatre piliers : l'aptitude à l'emploi (lutte contre le chômage de longue durée et le chômage des jeunes passant notamment par des politiques de formation et d'éducation), l'esprit d'entreprise (facilitation de la création d'entreprise, de l'emploi de nouveaux salariés…), l'égalité des chances (luttes contre les inégalités entre hommes et femmes notamment) et l'adaptabilité (passant avant tout par la facilitation de la flexibilité). Les deux derniers piliers concernent directement le droit du travail, mais c'est surtout le dernier qui peut nous intéresser ici, puisqu'il vise à instaurer une plus grande flexicurité (ou flexisécurité – mélange de flexibilité de l'emploi et de sécurité des salariés).

Le Conseil de Lisbonne (2000) fixait comme objectif de faire de l'Europe « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi ». Dès lors, l'Union européenne a cherché à mettre en œuvre une « politique de modernisation du droit du travail » dans chaque Etat membre. Les notions de flexibilité et de sécurité sont au cœur de cette modernisation. Toutefois, comme il a déjà été mentionné, les législations européennes en matière de droit du travail sont extrêmement variées, notamment en termes de flexibilité des contrats de travail. Dès lors, l'Union Européenne souhaiterait faire de la flexicurité le socle commun d'un marché du travail européen.

Pour la Commission Européenne, la croissance dépend du dynamisme des marchés, y compris du marché du travail. Dès lors, les barrières réglementaires constituent un obstacle majeur à la réactivité du marché du travail, puisqu'elles engendrent des rigidités (difficulté à l'embauche et surtout au licenciement).

Ainsi la Commission européenne considère-t-elle que les pays doivent largement assouplir leur droit du travail en introduisant notamment davantage de flexibilité tout garantissant aux salariés un haut niveau de

sécurité. Elle a publié en novembre 2006 un Livre Vert Moderniser le droit du travail pour répondre aux du 21ème siècle (dont le titre initial était Adapter le droit du travail pour garantir la flexibilité et la sécurité pour tous) qui a aboutit à la définition d'un certains nombre de principes relatifs au droit du travail (Conclusions du Conseil relatives aux principes communs de flexisécurité – novembre 2007). On y trouve notamment la nécessité d'allier la flexibilité du marché du travail avec la sécurité des travailleurs, la valorisation de la formation continue afin de permettre les reconversions professionnelles et la nécessité d'introduire davantage de souplesse dans le recrutement et le licenciement.

Pour l'heure, la SEE n'a pas aboutit à la création d'un droit du travail unifié à l'échelle européenne. Elle n'a donné naissance qu'à des lignes directrices et à des recommandations qui n'ont pas de force contraignantes. Reste la Confédération européenne des syndicats semble craindre une insécurité sociale croissante et a dénoncé à plusieurs reprises une mise en œuvre de réformes structurelles du marché de l'emploi qui se fait hors de tout cadre européen stable en matière de sécurité. Les syndicats européens disent craindre que la flexicurité ne devienne en réalité, une « flexploitation » si la Commission européenne ne s'engage pas à donner au marché du travail une dimension sociale, garantissant notamment les droits et la sécurité des travailleurs.

L'intervention de l'Union européenne en matière de droit du travail soulève donc un certain nombre de crainte auprès des travailleurs, notamment dans les pays à haut niveau de protection de l'emploi. Ceux-ci craignent effectivement que le nivellement des législations du travail ne se fasse pas le bas, en raison d'un dumping social en provenance des pays où la règlementation est moins rigoureuse. La question de l'assouplissement du droit du travail, soulevée par la Commission européenne et encouragée depuis le début des années 2000 vient renforcer ces craintes.

La question du droit du travail entre donc en résonnance avec les grands enjeux du monde contemporain, puisqu'elle se pose de manière très évidente dans le cadre de l'Union européenne et, plus largement, dans le cadre d'une économie mondialisée, dans laquelle les pays entrent en concurrencent les uns avec les autres.

3. Documents d'accompagnement

Première proposition – Découvrir le droit des contrats de travail

Problématisation

Quelle est la législation qui encadre les contrats de travail ?

Document 1 : Un facteur enchaîne 22 ans de CDD à La Poste

Source : http://www.liberation.fr/economie/01012300636-un-facteur-enchaine-22-ans-de-cdd-a-la-poste
5 novembre 2010

Un facteur corrézien, qui a aligné 22 ans de contrats à durée déterminée, a obtenu jeudi du Conseil de prud'hommes de Tulle la condamnation de La Poste, qui devra lui verser un total de 36.577 euros pour «comportement fautif».

Jean-Claude Vialle, 45 ans, atteint aujourd'hui d'une grave maladie, avait travaillé au service de La Poste pendant 22 ans en CDD, dont «un nombre très important présentaient des irrégularités», puis, pendant 3 ans en contrats à durée indéterminée à temps partiel qui «présentaient les mêmes désagréments» que les CDD, selon le jugement des prud'hommes.

Discrimination à l'emploi : Le postier, représenté à l'audience du 7 octobre par son délégué syndical CFTC, s'estimant «victime d'une discrimination évidente à l'emploi» et arguant des «résultats financiers de La Poste toujours positifs depuis 2005», a obtenu la requalification de ses contrats précaires en CDI à temps complet de 1976 à 2001.

La Poste a été condamnée à payer 18.000 euros de dommages et intérêts (la moitié de ce que réclamait M. Vialle), 9.169 euros d'indemnité de requalification, 7.908 euros à titre de rappel de salaire et 1.500 euros de frais de justice.

«La Poste, malgré une direction des ressources humaines disposant de tous les moyens juridiques et humains, a un comportement fautif en ignorant, volontairement ou pas, de nombreux éléments du droit social», estime le Conseil de prud'hommes, qui juge que «M. Vialle a subi un réel préjudice moral et financier pendant 22 ans».

Un "jugement exceptionnel" : «Ce jugement exceptionnel, par le fait de cette condamnation très lourde, une des plus fortes en France, est due à la situation de précarité exceptionnelle vécue par le facteur», selon un communiqué de la CFTC Postes. Celle-ci estime que «des dizaines de milliers de postières et postiers pourraient légitimement obtenir la même régularisation pour leurs années de précarité totalement illégale».

La Poste «a reconnu sa responsabilité dans cette affaire et elle avait remédié à la situation dès 1998 (en établissant un CDI à temps partiel) mais elle regrette qu'il (M. Vialle) n'ait fait aucune demande auprès de la direction, c'est ce qui se fait habituellement quand on a un problème avec son employeur», a déclaré Me Lionel Magne, avocat de La Poste.

«A l'époque, il n'y avait pas le même arsenal juridique. Aujourd'hui 95% des employés de la direction courrier sont en CDI», a-t-il dit, en soulignant que La Poste se posait la question de faire appel.

Questionnement envisageable

1. Identifier le problème de droit soulevé par l'article
2. Identifier et expliquer la décision de justice rendue
3. Expliquer pourquoi la multiplication des CDD peut-être un avantage pour l'employeur mais un problème pour le salarié.

Problématisation

Quels sont les enjeux de la flexibilité du droit du travail ?

Document 2 : Sur le terrain, les chefs d'entreprise espèrent un assouplissement du contrat de travail

Source : NATHALIE BOUGEARD. Lefigaro.fr 06/10/2007

Installé dans le pays de Vitré depuis près de dix ans, Daniel Havard dirige deux entreprises du bâtiment employant au total 65 personnes en CDI. Pour lui, les choses sont claires. « Nous rencontrons des difficultés pour recruter des gens qualifiés. Aussi, très souvent, embauchons-nous à des niveaux inférieurs en prévoyant une formation destinée à compenser ces points faibles ». À l'entendre, « 15 jours de période d'essai, dans notre secteur, c'est vraiment trop juste pour juger des qualités d'un salarié. Je préférerais une période d'essai de deux mois ». D'ailleurs, l'employé y gagnerait « puisqu'on lui laisserait le temps de voir s'il se plaît chez nous ». Daniel Havard participait, hier - aux côtés d'une dizaine de chefs d'entreprise et de jeunes demandeurs d'emploi -, à une rencontre avec Jean Gaeremynck, le directeur général du travail. Organisée par le maire de Vitré, le député UMP Pierre Méhaignerie, cette réunion portait sur les freins à l'emploi.

Directeur général de la SVA, une entreprise d'abattage et de transformation de viande de quelque 3 300 salariés, Dominique Langlois ne mâche pas ses mots : « Il faut absolument supprimer la rigidité du contrat de travail. À mon sens, il faut d'abord une période pour mettre le salarié en situation afin de l'évaluer, puis un temps pour organiser sa formation et, enfin, le moment venu conclure le contrat. » Ce qui nécessite « une période de 3 mois ».

Autre cheval de bataille du dirigeant : la rupture du contrat de travail. « Aujourd'hui, nous sommes dans un véritable carcan », estime-t-il. « Quand, par exemple, un salarié nourrit d'autres projets professionnels, nous devons entamer une négociation relative à ses conditions de départ. Mais le système est d'une très grande hypocrisie puisqu'il nous faut trouver un motif de licenciement, lui adresser une lettre recommandée et le convoquer à l'entretien préalable. Or, dans la plupart des cas, nous nous sommes entendus avec lui sur ses modalités de départ. » Autant dire que « la rupture négociée ou »à l'amiable* permettrait une plus grande transparence et moins de temps perdu ».

«Dépôt d'un amendement» : Un point de vue partagé par Blandine d'Artigues, responsable des ressources humaines chez un équipementier automobile qui emploie 700 personnes à Vitré : « Il arrive que des salariés souhaitant créer leur entreprise nous demandent de les licencier afin de bénéficier des aides. Cela nous pose un problème éthique de passer par la case »licenciement* ». Magali Neveu, jeune chef d'entreprise qui a recruté 5 collaborateurs, est encore plus sévère : « Aujourd'hui, nous pourrions être 10, voire 12. Mais je préfère limiter les embauches car j'ai très peur des ruptures de contrat de travail avec les prud'hommes à la clé. Pour faire face à la charge de travail, nous multiplions les heures supplémentaires. » Reste que la mise en œuvre de celles-ci n'est pas toujours aisée : « Chez nous, près d'un tiers des salariés préférerait le paiement des heures supplémentaires plutôt que la récupération du temps travaillé. Mais notre accord de branche ne le permet pas intégralement », regrette Dominique Langlois. Réponse de Pierre Méhaignerie : « Je souhaite déposer un amendement laissant la liberté aux salariés de choisir individuellement entre le repos compensatoire et le paiement des heures supplémentaires et ce, même s'il existe un accord d'entreprise. »

Questionnement envisageable

1. Présenter les arguments des chefs d'entreprises en faveur de l'assouplissement du contrat de travail
2. Réfléchir aux problèmes qu'une plus grande flexibilité peut poser aux salariés (précarité, vie familiale, accès au logement…)
3. Montrer que le droit du travail doit permettre un équilibre entre les contraintes de la production et la protection des travailleurs.

Deuxième proposition - Connaître les recours en cas de sanction abusive

Problématisation

Quel est le circuit de recours des salariés licenciés ?

Document 3 : Facebook comme motif de licenciement : le flou règne toujours

Source : Aurore Lartigue, www.rfi.fr, publié le 22 février 2012

(…) L'histoire commence un samedi soir de décembre 2008, lorsqu'un salarié de la société d'ingénierie informatique Alten ironise sur sa page Facebook et se revendique membre d'un «club des néfastes ». « Bienvenue au club », lui répondent deux collègues sur sa page, en évoquant sans la nommer la responsable de la DRH à qui les membres du club ont décidé « de rendre la vie impossible pendant plusieurs mois ». Hélas, sur Facebook le terme d'« ami » étant quelque peu galvaudé, un « ami » outré a fait une capture d'écran de la page et l'a transmise à leur employeur commun. La sanction ne s'est pas faite attendre : licenciement des trois employés pour « faute grave » sur les motifs d'« incitation à la rébellion » et « dénigrement de l'entreprise ».

Deux des trois salariés avaient décidé de contester leur licenciement aux prud'hommes, qui avaient jugé en 2010 que la décision prise par l'entreprise était fondée.

Troisième épisode de l'histoire, ce mercredi 22 février : le licenciement est cassé par la cour d'appel de Versailles, mais pour vice de procédure. Autrement dit, on n'est pas plus avancé puisque la justice ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire, à savoir les propos incriminés.

Des jugements contradictoires : Les avocats espéraient un jugement emblématique à Versailles. Raté. Ce n'est pas aujourd'hui qu'on verra naître une jurisprudence sur les risques que les salariés encourent à s'épancher sur les travers de leur patron ou à se plaindre de leurs conditions de travail sur les réseaux sociaux.

Depuis que Facebook est entré dans les mœurs, quelques décisions ont bien été rendues pourtant. Dans un autre cas jugé début janvier à Douai, après avoir débouté un salarié en première instance, la justice a finalement donné tort à l'entreprise qui avait rompu son CDD après que l'employé a qualifié sa direction de « belles balletringues anti-professionnelles ». En revanche, en novembre 2011, à Besançon, la justice a confirmé le licenciement d'une salariée ayant tenu des propos excessifs sur son employeur sur le fameux réseau social.

Des décisions contradictoires et souvent polluées par d'autres motifs, qui ne permettent donc pas de dire clairement si oui ou non quelques propos malheureux postés sur une page Facebook peuvent constituer un motif d'éviction.

« On est dans un domaine où il n'y a pas de droit écrit, pas de règles établies et ce sont aux juges de remplir tous les trous noirs, commente Nadine Regnier Rouet, avocate spécialiste en droit social. On applique des règles de droit très anciennes à quelque chose de très nouveau ». « Mais à l'heure où vous pouvez faire ou défaire la réputation d'une entreprise en une photo ou un post qui fait le buzz sur internet, ces dernières sont très vigilantes. Pour le moment, on n'a qu'une petite poignée d'affaires de ce genre », indique l'avocate, mais quand on sait que le premier réseau social compte plus de 20 millions d'inscrits en France, on peut imaginer que les cas vont se multiplier.

Facebook : sphère privée ou publique ? Juridiquement, le salarié peut bien sûr faire valoir sa liberté d'expression. Mais cette liberté n'est pas absolue. Elle ne doit pas porter préjudice à un tiers. Ce qui exclut le dénigrement, la diffamation, l'injure, les insinuations, l'ironie et la caricature.

Dans les affaires de « licenciements Facebook » comme on les appelle, « tout le débat est de savoir si le réseau social est un espace public ou privé et d'y appliquer les mêmes règles qu'ailleurs », explique Me Regnier Rouet. Dans le cas d'Alten, les salariés mis en cause s'étaient défendus en disant qu'il s'agissait d'une correspondance privée, écrite en dehors du cadre de travail et sur du matériel privé. Argument récusé par le conseil des prud'hommes.

Car on le sait bien, les fameux « murs » Facebook ont des oreilles. D'autant plus qu'ici, la page Facebook avait été paramétrée sur un mode la rendant accessible non seulement aux « amis », mais aussi aux « amis d'amis ». Ce qui fait beaucoup de monde...

« De toute façon, juge Me Regnier Rouet, un réseau social comme Facebook ne pourra jamais être considéré comme totalement privé ». Même à restreindre l'accès de sa page personnelle à ses seuls « amis ». Car on le sait, par le jeu du réseau social, certains de ces « amis » Facebook ne sont que de vagues connaissances. « Je ne pense pas qu'on va rentrer dans un calcul qui dirait un profil qui a 30 amis par exemple, c'est un profil privé… Ce serait illusoire. On s'oriente plutôt vers des décisions qui diraient : Facebook a de multiples fonctionnalités. Si l'on écrit sur le mur, c'est que l'on considère que potentiellement cela peut être lu par beaucoup de monde. Si l'on veut que cela reste privé, on utilise la messagerie privée. Sinon, c'est que l'on n'a pas utilisé la bonne fonctionnalité ».

Questionnement envisageable

1. Identifier la nature du conflit employeur/ salariés
2. Identifier le premier recours des salariés et présenter la décision de justice rendue
3. Présenter les arguments évoqués dans le texte justifiant cette première décision.
4. Montrer comment les salariés ont finalement eu gain de cause.

Troisième proposition - Identifier le rôle des syndicats dans les conflits collectifs du travail

Problématisation

Quel est le rôle des syndicats dans les négociations collectives et dans la limitation des conflits collectifs ?

Document 4 : Vidéo sur les accords de Grenelle, disponible sur le site de l'INA, « accords de Grenelle : déclaration du Premier Ministre, Georges Pompidou »

Source : http://www.ina.fr/economie-et-societe/vie-sociale/video/I00013516/accords-de-grenelle-declaration-du-premier-ministre-georges-pompidou.fr.html

Questions

1. Identifier les circonstances des négociations
2. Identifier les acteurs en présence lors de ces accords
3. Identifier les principaux éléments de l'accord

Quatrième proposition - Percevoir les limites de l'encadrement du droit de grève

Problématisation

Quelles sont les tensions générées par le droit de grève ? Quel est le rôle des syndicats quant à la défense des intérêts des salariés ?

Document 5 : Une loi pour mettre fin aux 350 heures de grève par an dans l'aérien

Source : Fabrice Amedeo, le Figaro.fr, 23 janvier 2012

Trois départs en vacances, trois grèves: en août, novembre et décembre dernier. C'est pour mettre fin à la débauche de mouvements sociaux dans le secteur aérien que l'UMP présente mardi à l'Assemblée nationale un texte sur le «service garanti» dans le transport aérien, calqué sur le texte de 2007 qui a fait ses preuves dans le transport terrestre, notamment à la SNCF et à la RATP.

Le ministre des Transports, Thierry Mariani, qui évoque le sujet depuis la grève du personnel navigant commercial d'Air France, durant le week-end de la Toussaint, a livré lundi matin des détails sur ce texte dans les colonnes du Parisien. Un texte qui sera présenté par le député UMP, Eric Diard, avec le soutien du ministre.

Concrètement, le projet de loi prévoit que les salariés grévistes se déclarent 48 heures avant le début du mouvement pour permettre à leur entreprise de s'organiser afin d'assurer le meilleur niveau de trafic possible et surtout d'annoncer avec fiabilité son programme de vol. La proposition de loi prévoit même «une sanction disciplinaire» pour ceux qui ne se plieraient pas à cette obligation. En amont, obligation est également faite à la direction des entreprises et à ses syndicats de renforcer le dialogue social pour éviter les grèves.

Ce texte doit permettre de réduire le nombre important de grèves dans le secteur aérien. Selon le ministère des Transports, 1131 conflits y ont été dénombrés en trois ans: 392 en 2009, 379 en 2010 et 360 en 2011. Ce chiffre représente 176 jours de perturbation, dont 63 jours en 2011 auxquels il faut ajouter toujours en 2011 quatre mois de grève perlée (ralentissement de l'activité) chez deux catégories d'agents au sol d'Air France.

(…) Très remontés contre ce projet de loi, les syndicats de l'aérien dénoncent une atteinte au droit de grève. Le principal syndicat de pilotes, le Syndicat national des pilotes de ligne (SNPL), a d'ailleurs annoncé qu'il allait déposer un préavis de grève de quatre jours au début du mois de février pour protester contre la proposition de loi. «On n'en veut pas, on se battra contre parce que c'est clairement une atteinte au droit de grève», a expliqué l'un de ses dirigeants en fin de semaine dernière.

Des arguments qui ne devraient pas tenir longtemps face à la grogne des passagers. D'autant que les arguments des syndicats peuvent paraître discutables. Le projet de loi présenté mardi, qui ne fait que reprendre la loi sur le service garanti adoptée en 2007 pour les transports terrestres, est bien un «service garanti» et non un «service minimum». Grâce à la déclaration initiale d'intention (la «DII» selon le terme utilisé par les professionnels du secteur), les entreprises peuvent s'engager sur le trafic qu'elles vont assurer. «Lorsqu'un préavis est déposé à la SNCF, la RATP ou dans les transports urbains des villes de province, l'entreprise a 24 heures pour s'organiser et optimiser sa grille de transport, explique un cadre de la SNCF. Le service garanti a permis de mieux assurer un service public sans empêcher ceux qui le souhaitent de faire grève».

Autrement dit, s'il y a 100 % de grévistes, il n'y a pas de trafic. En revanche, à niveau de gréviste égal, les entreprises averties à l'avance optimisent mieux les forces en présence et offrent un meilleur niveau de service. Une amélioration du trafic qui n'est pas du goût des syndicats qui comptent autant sur un effet de désorganisation que sur le nombre de grévistes pour déstabiliser leur entreprise et obtenir gain de cause.

NB : La proposition de loi a finalement été adoptée par l'Assemblée Nationale.

Questionnement envisageable

1. Identifier les motifs amenant les syndicats à considérer que ce texte est une atteinte au droit de grève
2. Présenter les motifs semblant justifier l'atteinte au droit de grève
3. Identifier la manière dont les syndicats tentent de faire pression pour éviter l'adoption du texte.

Cinquième proposition – Apprécier les tensions entre liberté du travail et contraintes de la production

Problématisation

Comment la liberté du travail peut entrer en conflit avec le droit de grève ?

Document 6 :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025354180&fastReqId=693498654&fastPos=17

Questionnement envisageable

1. Présenter les parties opposées
2. Présenter les motifs invoqués par l'employeur pour justifier du licenciement des salariés
3. Identifier les éléments de la Cour permettant de rejeter l'entrave à la liberté du travail

Sixième proposition - Savoir quels sont les moyens de lutte contre les discriminations à l'embauche

Problématisation

Comment les discriminations à l'embauche sont condamnées ?

Document 7 : Site du Défenseur des droits

Source : http://defenseurdesdroits.fr/connaitre-son-action/la-lutte-contre-les-discriminations/actualites/condamnation-dairbus-pour

Questionnement envisageable

1. Identifier le type de discrimination en cause
2. Identifier les différents acteurs
3. Indiquer le motif de la condamnation
4. Préciser le rôle du Défenseur des Droits

Septième proposition – Analyser l'impact de l'intégration européenne sur le droit du travail français

Problématisation

Comment le droit européen contraint-il la France à modifier sa législation du travail ?

Document 8 : http://www.senat.fr/rap/l00-139/l00-139.html

Questionnement envisageable

1. Présenter la législation française sur le droit du travail des femmes avant 2001
2. Montrer en quoi cette législation entrait en conflit avec le droit européen
3. Expliquer les termes du débat sur la modification de la loi
4. Présenter la législation française sur le droit du travail des femmes après 2001.

Huitième proposition – Réfléchir sur la flexisécurité à l'échelle européenne

Problématisation

Quels sont les enjeux du droit du travail à l'échelle européenne ?

Document 9 : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ref/EMPLOIR08m.PDF

Document 10 : http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102&langId=fr

Questionnement envisageable

1. Identifier les enjeux de la flexicurité
2. Décrire les caractéristiques de la flexicurité
3. Décrire les principes de la flexicurité à l'échelle européenne
4. Expliquer comment l'Union européenne accompagne les Etats-membres dans la mise en place de la flexicurité.

4. Exemples de projets pour la soutenance orale

- La loi sur les 35 heures et ses aménagements
- Le recours à l'intérim ou aux contrats de courte durée
- La flexibilisation des contrats de travail
- La discrimination à l'embauche
- La protection de certaines catégories de salariés (femmes enceintes, ou délégués syndicaux, ou travailleurs handicapés)
- Le CV anonyme
- Peut-on / Faut-il encadrer le droit de grève ?
- Le recours au tribunal des prud'hommes
- Faut-il un droit du travail européen ?

5. Bibliographie indicative

- HESS-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit du travail 2012, édition Sirey, collection Aide-mémoire, 2011
- MAZEAU Antoine, Droit du travail, edition Montchrétient, 2010
- MINE Michel, MARCHAND Daniel, Le droit du travail en pratique, Eyrolles éditions d'organisation, 2009
- Ministère de l'emploi, du travail et de la santé, Guide pratique du droit du travail, La Documentation française, 11e édition, 2011
- RAY Jean-Emmanuel, Droit du travail Droit vivant, éditions Liaisons, 2011
- TACQUET François, Le droit du travail en clair, édition ellipses, 2010