SOMMAIRE

CRISE FINANCIÈRE EN EUROPE ET DROIT SOCIAL

p. 6 **Costas Papadimitriou**
Le droit du travail grec face à la crise : un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique

p. 18 **Fernando Valdés Dal-Ré**
Flexibilité interne et réforme du marché du travail : le cas espagnol

p. 30 **Pierre-Yves Verkindt**
Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière

p. 38 **Gianni Loy**
La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique

p. 50 **Leszek Mitrus**
Crise économique et droit du travail : l'expérience polonaise

p. 60 **Mathias Maul-Sartori, Ulrich Mückenberger et Katja Nebe**
Le droit social allemand face à la crise financière : une protection segmentée

p. 74 **Csilla Kollonay-Lehoczky**
Panorama du nouveau code du travail hongrois : entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l'économie planifiée centralisée

p. 96 **Catherine Barnard**
L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni : révolution ou évolution ?

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 112 Algérie
p. 114 Allemagne
p. 116 Argentine
p. 118 Australie
p. 120 Autriche
p. 122 Bulgarie
p. 124 Canada (Québec)
p. 126 Chili
p. 128 Conseil de l'Europe
p. 130 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
p. 132 Espagne
p. 134 États-Unis
p. 136 Fédération de Russie
p. 138 France - Droit de la Sécurité Sociale
p. 140 France - Droit du Travail
p. 142 Italie
p. 144 OIT
p. 146 Pays-Bas
p. 148 République Tchèque
p. 150 Royaume-Uni
p. 152 Sénégal
p. 154 Serbie
p. 156 Thaïlande
p. 158 Togo
p. 160 Turquie
p. 162 Union Européenne - Droit de la Protection Sociale
p. 164 Union Européenne - Droit du Travail

CATHERINE BARNARD

Professeur de Droit de l'Union européenne et de Droit du Travail, Trinity College, Cambridge, Co-directrice du Centre for European Legal Studies (CELS).
Thèmes de recherche : Droit de l'Union européenne, Droit du travail, Discrimination au travail, Droit de la concurrence. Parmi ses publications :
~ EU Employment Law, fourth edition, Oxford, 2012.
~ The Constitutional Order of States: Essays in Honour of Alan Dashwood (en coll. avec A. Arnull, M. Dougan et E. Spaventa (eds)), Hart Publishing, 2011.

L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni : Révolution ou évolution ?

ABSTRACT

Despite the fact that the United Kingdom is not under the discipline of the troika, its financial situation is precarious. Under the pretext of addressing its economic problems, the British government, dominated by the Conservative party, has taken the opportunity to deregulate labour law, especially the rules on unfair dimissal, which are already some of the least restrictive in the world. The situation of employees is going to get worse.

KEY WORDS : Deregulation, unfair dimissal, settlement agreements, compensatory awards.

RÉSUMÉ

Bien que le Royaume Uni ne se trouve pas subordonné à la pression de la discipline de la Troïka, sa situation financière demeure précaire. Prétextant de s'adresser aux problèmes économiques, l'administration britannique largement conservatrice a saisi l'occasion de dérèglementer le droit du travail, et essentiellement les règles relatives au licenciement abusif (« *unfair dismissal* »), qui pourtant étaient déjà parmi les moins restrictives du monde. La situation du travailleur (« *employee* ») est ainsi en train de se dégrader.

MOTS CLÉS : Dérèglementation, licenciement abusif, règlement amiable, indemnisation de la rupture.

« Le marché du travail britannique résiste très bien à la comparaison internationale. La flexibilité qui le caractérise est pour une grande part dans la performance de l'emploi en Grande Bretagne, au cours de la récente récession. Véritable « artiste de l'emploi réussi », selon les termes de l'OCDE, le marché du travail britannique est l'un des plus efficaces et des moins réglementés parmi les pays développés. En effet, en termes de souplesse de la réglementation en matière de licenciement individuel, le Royaume-Uni occupe la deuxième position mondiale ex aequo *(avec le Canada) derrière les États-Unis. Il dispose également de taux particulièrement élevés de cessation d'emploi et de résiliation de contrat par rapport aux autres pays de l'OCDE. Du fait de cette flexibilité, chaque année environ 6 à 7 millions d'individus quittent ou accèdent à un emploi sur le marché du travail britannique* »[1].

Les signes de la crise abondent – les commerces ferment, le chômage s'élève à 8%[2] (mais avec une baisse récente au cours de l'été 2012, qui peut s'expliquer par l'organisation des Jeux olympiques), et le sentiment de pessimisme économique se généralise – mais, en dépit de la rhétorique, il y a eu relativement peu de réforme du droit du travail, du moins jusqu'à présent. Cela peut, en partie, s'expliquer par l'existence d'un gouvernement de coalition, au pouvoir depuis mai 2010, avec un partenaire minoritaire opposé à la réforme radicale du droit du travail. Cela pourrait également s'expliquer en se référant à la citation ci-dessus, tirée d'un rapport du gouvernement en 2012, soulignant que le Royaume-Uni dispose déjà d'un marché du travail très flexible ; par conséquent la pression en faveur de réformes du droit du travail est moins grande que pour d'autres pays, en particulier ceux sous l'œil de la Troïka. Cela dit, le parti majoritaire de la Coalition est idéologiquement prédisposé à la dérèglementation[3]. Nous verrons, dans un second temps, dans quelle mesure cette tension entre déréglementation contre stagnation s'est placée sur le terrain des réformes du droit sur le licenciement (II), entre autres (III). Mais d'abord, nous examinerons de quelle manière les employeurs et les travailleurs ont réagi à la crise au sein de la structure du droit du travail existant (I).

I – La gestion de la main-d'œuvre face à la crise

Certains éléments de preuves permettent d'avancer qu'au cours de cette crise le nombre de licenciements a été plus faible que lors de récessions précédentes, au moins dans les premiers mois de la crise[4]. Certains l'attribuent à une mémoire institutionnelle selon laquelle beaucoup de travailleurs qualifiés avaient été licenciés pendant la récession des années 1990 ; ce qui rendit la reforme plus difficile à réaliser. Il en est résulté une collaboration plus étroite entre les employeurs et les syndicats, en particulier dans le secteur privé, induisant la négociation de concessions : les syndicats acceptent la réduction du temps de travail et une rémunération réduite, le gel des salaires, la non-rému ération des congés sabbatiques, la flexibilité du travail et même des réductions de salaire à condition que les emplois soient conservés.

[1] *Call for Evidence, Dealing with Dismissal and "Compensated No Fault Dismissal" for micro businesses*, mars 2012, BIS Department for Business Innovation and Skills, accessible en ligne : http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/d/12-626-dismissal-for-micro-businesses-call (dernier accès le 29 août 2012)

[2] http://www.ons.gov.uk/ons/rel/lms/labour-market-statistics/august-2012/statistical-bulletin.html (dernier accès le 29 août 2012). Historiquement, de 1971 à 2012, le taux moyen du chômage au Royaume-Uni était de 7,3% pour atteindre un niveau record de 12,0% en février 1984 et un creux record de 3,4% en novembre 1973 (http://www.tradingeconomics.com/united-kingdom/unemployment-rate) (dernier accès le 29 août 2012).

[3] Voir par exemple le projet de loi d'initiative parlementaire déposé au Parlement le 5 juillet 2010, l'Employment Opportunities Bill, visant à « introduire plus de liberté, de souplesse et d'opportunité aux personnes à la recherche d'un emploi dans les secteurs public et privé ; et à des fins liées ». Le projet de loi a été « rejeté » et n'ira pas plus loin (http://services.parliament.uk/bills/2010-11/employmentopportunities.htm dernier accès le 29 août 2012).

[4] *Cf.* S. Flanders, "The Plot Thickens" http://www.bbc.co.uk/news/business-19270299 (dernier accès le 29 août 2012).

A - La rémunération

En ce qui concerne la rémunération, le *Labour Research Department* (*LRD* – Département de recherche sur le travail), organisme financé par les syndicats, a rapporté en 2010 que la proportion des gels de salaires étaient, à tous les niveaux, nettement plus importante qu'à n'importe quel autre moment de la récession, et ce en dépit d'une hausse du *Retail Prices Index* (*RPI* : indice des prix de détails). Selon la base de données *Payline* du *LRD* relative aux accords salariaux négociés tous secteurs économiques confondus, les gels de salaires représentaient environ un tiers de l'ensemble des accords salariaux conclus au cours du semestre allant de novembre 2009 à janvier 2010 [1]. Le *LRD* cite en outre un certain nombre de sociétés qui étendent le gel des salaires initialement mis en place au cours de l'année précédente. Les exemples incluent *Hanson Building Products*, le fabricant de moteur Nissan, le fabricant de pièces moteur *Stadco Powys* et *Bolton Evening News*, ainsi que *Bury Times* (*Newsquest*). Pourtant, sa plus récente base de données *Payline* fait ressortir une augmentation moyenne de 2,83% pour les mois de mai à juillet 2012 [2].

Cependant, c'est dans le secteur public que le gel des salaires a été le plus marqué. En juin 2010, le *Chancellor* a imposé un gel des salaires de 2 ans pour les travailleurs du secteur public, en plus des modifications importantes à leurs pensions[3]. À son échéance en 2013, il sera suivi d'une restriction d'augmentation de 1% pendant 2 ans. Par ailleurs, 1,6 millions de travailleurs des administrations locales ont connu une troisième année de gel des salaires[4]. Ces gels de salaires ont été accompagnés d'importantes pertes d'emplois dans le secteur public : par exemple, il y a eu plus d'un quart de million de suppressions d'emplois dans le secteur public en 2011 [5].

En plus du gel des salaires, les premiers mois de la crise sont témoins de l'utilisation ingénieuse d'arrangements entre flexibilité des horaires/travail de courte durée/mise à pied[6]. Ceux-ci sont tout à fait contractuels et/ou sujets à négociation collective ; il y a peu ou pas de disposition légale[7]. Un certain nombre d'entreprises de premier plan ont expérimenté différentes approches. Par exemple, *British Telecom* (*BT*) a offert à des milliers de travailleurs la possibilité de « prolonger leur congé » en contrepartie d'une réduction de salaire d'environ 70% [8]. Près de 11 000 employés britanniques de *KPMG* ont eu le choix de passer à la semaine de travail de 4 jours avec 20% de baisse de salaire, ou de prendre un congé sabbatique d'une durée de 1 à 3 mois avec une rémunération de 30% [9]. Les entreprises *Aston Martin*, *Mini*, *Bentley* et *GM* (*Vauxhall*) ont toutes fermés quelques semaines supplémentaires pendant les fêtes de Noël 2008-2009. Même après la reprise de la production en 2009, de nombreuses entreprises ont annoncé des fermetures temporaires d'usines en 2009. Cependant, selon la Fondation européenne[10], malgré l'annonce de la fermeture de l'usine *Honda* à Swindon (Royaume-Uni) de février à mai 2009, un noyau de la production ainsi que le person-

[1] *LRD*, "Pay-freezes increase despite rising inflation", 8 février 2010, http://www.lrd.org.uk/issue.php?pagid=1&issueid=1362 (dernier accès le 28 août 2012).

[2] http://www.lrd.org.uk/index.php?pagid=18 (dernier accès le 28 août 2012).

[3] http://www.ft.com/cms/s/0/53a78916-7e60-11df-94a8-00144feabdc0.html#axzz24w6xhNz8 (dernier accès le 29 août 2012). En fait, ce plafond a été plus difficile à appliquer que prévu à cause des droits contractuels aux augmentations de salaire : http://www.ft.com/cms/s/0/2014e054-f02c-11e1-b7b2-00144feabdc0.html#axzz24w6xhNz8 (dernier accès le 29 août 2012).

[4] http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-17141621(dernier accès le 29 août 2012).

[5] http://www.guardian.co.uk/business/2012/mar/14/public-sector-job-cuts-unemployment-economists (dernier accès le 29 août 2012).

[6] Pour un bref résumé de la situation juridique, voir http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=1639 (dernier accès le 29 août 2012).

[7] Il existe des dispositions légales relatives à la mise à pied et au travail de courte durée dans le respect du droit à l'indemnité de licenciement : ss.147-154 *Employment Rights Act* (*ERA*) 1996.

[8] http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/damian-reece/5736726/Public-sector-must-learn-lessons-from-BT-on-dealing-with-recession.html ; http://www.telegraph.co.uk/finance/financetopics/recession/6005956/Do-you-dare-take-a-sabbatical.html.

[9] http://www.financemarkets.co.uk/2009/01/16/kpmg-staff-offered-sabbaticals-or-four-day-weeks/ ; http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2009/20/en/3/ef0920en.pdf.

[10] http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2009/20/en/3/ef0920en.pdf.

nel d'entretien sont restés y travailler ; la fermeture a néanmoins touché 2 500 des 3 700 employés, lesquels ont perçu leur salaire de base complet pour les 2 premiers mois et environ 60% pour les 2 restants. Lorsque l'usine a rouvert ses portes en juin, les employés ont dû faire des heures supplémentaires non-rémunérées égales au montant qu'ils avaient reçu pour la période des 4 mois. Un dispositif similaire a été mis en place à *Aston Martin* en accord avec les syndicats sur un régime de semaine de 3 jours obligeant les employés à combler le déficit alors que la production normale avait repris. Par ailleurs, la direction de l'usine *GM Vauxhall* à Ellesmere Port (Royaume-Uni) a offert à 2 000 employés la possibilité de prendre un congé sabbatique d'une durée maximum de 9 mois de janvier à septembre 2009 avec une rémunération de 30% [11].

B - Le recours au travail précaire

Une autre tendance est apparue au cours de la période de crise : l'utilisation croissante de contrats « atypiques », même si le travailleur préfère une approche plus « traditionnelle » du contrat. Par exemple, l'*Office for National Statistics* (*ONS*) rapporte que près de 8 millions de salariés exercent aujourd'hui une activité à temps partiel ; la proportion de ceux n'ayant pas trouvé d'emploi à temps complet ayant augmenté de 25 000 à 1,4 million de travailleurs. De plus, le travail indépendant a également accru pendant la récession, atteignant un chiffre record de 4,17 millions, augmentant de 84 000 par rapport au trimestre précédent[12]. Toutefois, il a été reconnu que certains travailleurs « indépendants » travaillent peu ou pas du tout[13]. Outre les limitations découlant des directives de l'Union Européenne sur les agences, le temps partiel et le contrat de travail à durée déterminée, il n'y a aucune restriction, selon la loi britannique, à la mise en place de tels contrats ou même d'autres types d'arrangements inhabituels, tels que les contrats sans heure, à moins de parvenir à démontrer qu'il s'agit d'un simulacre de contrat[14].

Un nouveau problème croissant correspond à l'explosion des « stages » au sein des entreprises. Ces stagiaires peuvent ainsi effectuer un travail hautement qualifié et de valeur pendant une période considérable alors qu'ils ne sont rémunérés que sur leurs frais, voire parfois pas rémunérés du tout[15]. Le *Trades Union Congress* (*TUC*) a lancé une campagne pour prévenir l'abus des stages[16]. Les *British Chambers of Commerce*, d'autre part, ont appelé à la création d'une nouvelle catégorie de travailleurs, clarifiant la situation juridique des stagiaires afin d'inciter les entreprises à donner une chance aux jeunes[17].

II – La dérèglementation en matière de rupture du contrat

Malgré la grande flexibilité du marché du travail britannique, le parti majoritaire de la Coalition, prédisposé à la dérèglementation, est parvenu à placer la tension existante entre déréglementation contre stagnation sur le terrain des réformes du droit sur le licenciement (A), de la résolution amiable des litiges (B), ainsi que sur le montant des dommages-intérêts dus en cas de licenciement abusif (C).

A - La loi sur le licenciement

Alors que jusqu'à présent, les employeurs sont en général parvenus à d'adapter leurs besoins de main-d'œuvre dans le cadre de la loi britannique actuelle – tel que nous l'avons démontré précédemment – certains soutiennent que le régime juridique du licenciement en particulier fait obstacle à la création d'emplois. Ces derniers invoquent le fait qu'il y ait environ 400 000 licenciements par an (1,3% des personnes ayant un emploi) et que les employeurs courent dès lors le risque d'un recours par la voie judiciaire (environ 50 0000 par an). En cas de plainte pour licenciement abusif, les employeurs dépensent en moyenne £3 700 correspondant au temps et aux coûts de représentation juridique pour y faire face, indépendamment de

[11] *Ibid.*

[12] http://www.guardian.co.uk/business/2012/jun/20/unemployment-public-sector-job-cuts (dernier accès le 29 août 2012).

[13] S. Flanders, "The Plot Thickens" http://www.bbc.co.uk/news/business-19270299 (dernier accès le 29 août 2012).

[14] *Autoclenz v. Belcher* [2011] UKSC 41 (http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/41.html).

[15] http://www.internship-uk.com/project_management_internship.asp# (dernier accès le 29 août 2012).

[16] http://www.tuc.org.uk/workplace/tuc-20615-f0.cfm (dernier accès le 29 août 2012).

[17] BCC, "E*mployment Regulation: Up to the Job?*", mars 2010.

toute décision qui pourrait être prise à leur encontre[18]. Ceci a conduit à des propositions de réformes fondamentales – et en fait à une abrogation de grande envergure – de la loi sur le licenciement au Royaume-Uni. Il sera démontré ici que le débat relatif à la loi sur le licenciement est en réalité une procuration pour un débat plus profond à propos du degré de réglementation du marché du travail. Afin de comprendre les propositions de modifications de la loi sur le licenciement, nous commencerons par examiner brièvement les règles actuelles au Royaume-Uni[19].

Depuis 1971, une protection contre le licenciement abusif a été légalement instaurée au Royaume-Uni afin que les employés (groupe plus restreint que les travailleurs) puissent intenter une action dès lors qu'ils ont satisfait aux critères pertinents du service et qu'ils ont été licenciés (cela couvre le licenciement effectif, le licenciement déguisé et l'expiration d'un contrat à durée limitée). Les motifs de ce licenciement peuvent être fondamentalement justes (par exemple, la sécurité nationale) ou injustes (par exemple, pour cause de grossesse) ou, au contraire, potentiellement justes (tels que, par exemple, pour motif disciplinaire, économique ou n'importe quelle autre raison substantielle). En cas d'invocation par l'employeur d'un motif potentiellement juste, le tribunal devra déterminer si ce dernier a agi raisonnablement au regard des circonstances (tant sur le fond que sur la procédure) ; à défaut, il sera condamné au versement d'un dédommagement comprenant d'une part, une indemnité de base[20] soumise à un plafond légal (actuellement de £12 900) et, d'autre part, une indemnité compensatrice correspondant au manque à gagner, également soumise à un plafond légal (actuellement de £72 300). Bien que cela semble indiquer que les employés pourraient obtenir plus de £85 000, en réalité la moyenne est beaucoup plus basse et correspondant à £8 924 en 2010-2011, avec un montant médian de £4 591 [21].

Néanmoins, dans certains milieux, la loi sur le licenciement abusif est perçue comme une charge pour les entreprises particulièrement néfaste à l'embauche. Une récente modification de la loi a déjà rendu le recours plus difficile à invoquer, en augmentant la durée d'ancienneté nécessaire pour pouvoir exercer un recours en justice en cas de licenciements pour motifs potentiellement justes : auparavant fixée à 1 an, cette durée a été portée à 2 ans à compter du 5 avril 2012. Cette durée d'ancienneté jouant au yo-yo n'est en fait que le reflet direct de la couleur politique du gouvernement au pouvoir (voir le tableau suivant).

L'évolution de l'ancienneté exigée

Donovan commission	• Aucune ancienneté exigée
1971	• Parti Conservateur • 2 ans
1974	• Parti Travailliste • 6 mois
1979/80	• Parti Conservateur • 1 an, puis 2 ans pour les entreprises < 20 salariés, puis pour toutes les entreprises
1999	• Parti Travailliste • 1 an
2012	• Coalition conservatrice • 2 ans

Source : E. McGaughey, "Unfair dismissal reform: political ping-pong with equality", *Equal Opportunities Review*, 2012, Issue 226[22].

Ces données montrent clairement que les Conservateurs ont favorisé l'exigence d'une ancienneté plus longue – pour promouvoir l'emploi – tandis que les Travaillistes ont, quant à eux, favorisé son raccourcissement, également pour les mêmes raisons. Par exemple, le *Fairness*

[18] *BIS* (2012), 23-26.

[19] Pour plus de détails sur cette partie, voir C. Barnard,"Equality, Solidarity and the Charter in time of Crisis: a Case Study on dismissal" *in* A. Alessandra Aparecida Souza Silveira (ed), à paraître.

[20] Indemnité fixée au même taux que les indemnités de licenciement économique, calculées comme suit : une semaine et demi de salaire pour chaque année de travail après 41 ans ; une semaine de salaire pour chaque année de travail entre 22 et 40 ans ; une demi-semaine de salaire pour chaque année de travail avant 22 ans. La période de service continu est plafonnée à 20 ans. *Cf.* Article 119 (3), *ERA* 1996.

[21] http://www.justice.gov.uk/downloads/statistics/mojstats/employment-trib-stats-april-march-2010-11.pdf/, tableau 5 avec seulement 51 cas (2%) ayant reçu plus de £50 000. Les recours pour réintégration et réengagement sont également disponibles, mais aboutissent rarement.

[22] Accessible en ligne à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2014699 (dernier accès le 8 août 2012).

at Work White Paper[23] lancé par le *New Labour* en 1998 indiquait :

« ***3.9*** *(...) Alors que l'économie devient plus dynamique, conduisant à des changements d'emploi plus fréquents, le gouvernement considère que cette période [de deux ans, introduite par les conservateurs] est trop longue et qu'un meilleur équilibre entre la compétitivité et l'équité serait atteint en la réduisant :*

• les employés seraient moins réticents à changer d'emploi et à perdre ainsi leur protection, ce qui devrait aider à promouvoir un marché du travail plus flexible ;

• davantage d'employeurs introduiraient de bonnes pratiques dans l'emploi, ce qui devrait favoriser une main-d'œuvre plus engagée et plus productive.

3.10 *Certains employeurs affirment qu'une ancienneté conséquente est nécessaire pour permettre de rectifier, sans coûts démesurés, les éventuelles erreurs de recrutement. Bien que le gouvernement accepte que de telles méprises puissent se produire, il estime néanmoins que la durée d'ancienneté actuellement exigée est bien plus longue que nécessaire s'agissant de la mise en évidence et du traitement des potentielles erreurs de recrutement. Pour toutes ces raisons, et afin de renforcer la protection contre le licenciement arbitraire,* ***le gouvernement propose donc la réduction de la période de référence à un an*** ».

L'allongement récent – à deux ans – de la durée d'ancienneté nécessaire pour pouvoir exercer un recours en justice (en cas de licenciements pour motifs potentiellement justes) par le gouvernement de coalition a également été justifiée par la volonté de « rassurer les employeurs lors du recrutement de nouveaux employés »[24]. Le gouvernement affirme que :

« *Les marchés du travail flexibles constituent une composante essentielle d'une économie prospère. La flexibilité donne la souplesse nécessaire aux employeurs pour recruter du personnel et créer de nouveaux emplois. Un secteur privé en pleine croissance et prospère est un élément essentiel de la stratégie du gouvernement pour une reprise économique équilibrée. Cela permet ainsi aux entreprises de recruter le personnel dont elles ont besoin et d'instaurer un marché du travail plus efficace dont le personnel pourrait librement changer d'employeur dès lors que les circonstances l'imposent* »[25].

L'absence totale de preuve empirique des affirmations faites, à la fois par les Travaillistes et la Coalition (à dominante Conservatrice), est frappante et laisse le Royaume-Uni ouvert à toutes sortes de difficultés face à la législation de l'Union Européenne sur l'égalité. Dans l'affaire *Seymour Smith*[26], la Cour de Justice a suggéré que l'exigence de deux ans d'ancienneté constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, contraire à l'article 157 du TFUE ; décision confirmée par la Chambre des Lords Britannique qui considérait néanmoins que la règle pourrait être justifiée[27]. Cependant, sur la question de la justification, la Cour de justice affirme que :

« *De simples affirmations générales concernant la capacité d'une mesure spécifique à encourager le recrutement ne suffisent pas à démontrer que l'objectif de la règle litigieuse est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe, ni à fournir des éléments de preuve sur la base desquels on peut raisonnablement considérer que les moyens choisis étaient aptes à atteindre cet objectif* »[28].

Le même raisonnement s'applique à toute affaire relative à la discrimination fondée sur l'âge[29]. Il n'est pas évident que la preuve justifiant l'introduction de la nouvelle règle des deux ans ne soit rien de plus qu'une « simple généralisation ».

[23] Fairness at Work White Paper 1998 http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.berr.gov.uk/files/file24436.pdf (dernier accès le 7 mai 2012).

[24] *Call for Evidence, Dealing with Dismissal and "Compensated No Fault Dismissal" for micro businesses*, mars 2012, *op. cit.* http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/d/12-626-dismissal-for-micro-businesses-call, p. 4.

[25] *Ibid.* http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/d/12-626-dismissal-for-micro-businesses-call, p. 3.

[26] Affaire C-167/97 *R (Seymour Smith) v Secretary of State for Employment* [1999] ECR I-623.

[27] [2000] UKHL 12.

[28] Para. 76. Cet argumentaire a été repris plus récemment dans les affaires jointes C-250/09 et C-268/09 *Georgiev* [2010] ECR I-000, para. 48 sur la discrimination fondée sur l'âge.

[29] Affaires jointes C-250/09 et C-268/09 *Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv* [2011] ECR I-000.

Ce changement était le début d'un certain nombre d'autres propositions de modifications de la loi, précipité par un rapport commandé par le Premier ministre à un donateur des *Tories* (conservateurs), figure du capital-risque, Adrian Beecroft. Selon celui-ci « les lois "terribles" de la Grande-Bretagne sur l'emploi ébranlent la croissance économique et doivent être modifiées »[30] ; de même qu'« il devrait être interdit aux travailleurs britanniques de revendiquer la protection contre le licenciement abusif de sorte que les entreprises et organismes du secteur public puissent trouver des remplaçants plus aptes ». Fondamentalement, le rapport ajoute « qu'il n'y a aucune disposition du droit européen qui empêcherait le gouvernement d'abandonner les lois sur le licenciement abusif – tout en maintenant les réglementations sanctionnant le licenciement motivé par le sexe, la race ou la sexualité d'un individu »[31].

Toutefois, reconnaissant que la simple abolition de la loi serait « politiquement inacceptable », M. Beecroft a de ce fait recommandé la mise en place d'un dispositif de substitution, dénommé licenciement indemnisé sans faute, qui permettrait aux employeurs de mettre à la porte le personnel improductif en contrepartie du versement d'indemnités de licenciement (de base) et de préavis. Toutefois, M. Beecroft a reconnu l'existence d'un « défaut » dans son nouveau régime : la possibilité pour les employeurs de détourner l'usage de ce nouveau dispositif en licenciant du personnel qu'ils « n'aiment pas ». Quoiqu'il en soit, ce qui demeure important pour notre propos est le lien précis établi entre les changements proposés et la crise :

« Bien que *Downing Street* soit conscient du fait que la proposition sera controversée, il est tout aussi préoccupé par le fait que l'ampleur de la crise économique rende nécessaires de telles mesures radicales afin de favoriser la croissance »[32].

Les libéraux-démocrates, parti minoritaire de la Coalition, étaient mécontents des propositions, mais c'est le ministre libéral démocrate, Vince Cable, qui a annoncé le *call for evidence*[33]. La proposition n'a pas été bien soutenue et a finalement été abandonnée[34]. Elle a d'ailleurs été largement dépassée par le *Enterprise Regulatory Reform Bill* (*ERRB*), comme nous le verrons dans les développements qui suivent.

B – Les règlements amiables

Entre autre choses, en vertu du *ERRB*, les *compromise agreements* (« accords de compromis ») changent de dénomination et deviennent désormais des *settlement agreements* (« règlements amiables »). Le gouvernement estime que ce terme « reflète plus fidèlement le contenu et la teneur de ces accords et pourrait permettre d'éviter l'éventuel refus de signature de l'une ou l'autre partie au motif qu'ils ne souhaitent pas être perçus comme acceptant de « transiger »[35]. De manière plus significative, le *ERRB* introduira l'idée de protection des entretiens, propositions ou discussions avec un employé en vue de mettre fin à son emploi ; qui ne pourront pas être prises en compte dans

[30] http://www.telegraph.co.uk/finance/jobs/8849420/Give-firms-freedom-to-sack-unproductive-workers-leaked-Downing-Street-report-advises.html (dernier accès 5 mai 2012).

[31] *Ibid*.

[32] *Ibid*. Voir aussi le rapport du *Daily Mail* du 12 septembre 2011 : « Mais à côté de ce coup d'adrénaline monétaire, le gouvernement prépare actuellement une série d'autres mesures pour tenter de créer plus d'emplois. George Osborne est maintenant, dans les mots d'un initié de la Coalition, « enthousiaste » pour toute initiative visant à stimuler la croissance. Il est admis, selon les conseillers de *Downing Street*, que « la réduction du déficit est nécessaire mais pas suffisante pour relancer l'économie ». La première chose que Cameron et Osborne planifient est une attaque réelle des coûts sociaux freinant les entreprises. Le n° 10 est tellement déterminé à enfin arriver à quelque chose sur le traitement du droit du travail qu'il a demandé à un outsider - Adrian Beecroft, le président de *Dawn Capital* - d'élaborer un ensemble de recommandations privées pour Cameron sur les changements pouvant être effectués dans le cadre des lois de l'UE. Beecroft, un capital-risqueur à succès, viendra avec un ensemble d'options beaucoup plus radicales que ce que les avocats ou les bureaucrates du gouvernement proposeraient » : http://www.dailymail.co.uk/debate/article-2035969/Financial-crisis-World-economy-bad-David-Camerons-finest-hour.html#ixzz1u26mwzVj

[33] http://www.bis.gov.uk/news/speeches/vince-cable-reforming-employment-relations (dernier accès le 5 mai 2012).

[34] http://www.guardian.co.uk/business/2012/jun/19/small-business-hire-fire-drop (dernier accès le 8 août 2012), confirmé par http://www.bis.gov.uk/assets/BISCore/employment-matters/docs/D/12-1143-dismissal-for-micro-businesses-response.pdf.

[35] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/e/12-1037-ending-the-employment-relationship-consultation.pdf, § 32.

les procédures de licenciement abusif[36]. Si ce changement s'avère, à première vue, plutôt minoritaire, il semble pourtant être une victoire pour les Démocrates Libéraux. Il correspond en fait à un changement législatif significatif. Comme le gouvernement le souligne[37], les employeurs ont la sensation d'être dans l'incapacité d'entamer des discussions sur la fin du contrat avec un membre du personnel par le biais d'un accord de compromis, en l'absence d'une contestation, en raison du fait que le principe « *without prejudice* » ne s'applique pas dans ce cas précis ; principe de *Common law* qui interdit l'utilisation devant le juge de déclara-tions (écrites ou orales) faites lors d'une véritable tentative de résolution de conflit existant, afin de s'en servir comme preuves à l'encontre de la partie les ayant formulées. Par conséquent, si un accord de règlement amiable ne peut être conclu et que l'employeur licencie le salarié, ce dernier peut dire, par exemple, que l'accord qui lui a été proposé était injuste dans la mesure où l'employeur avait d'ores et déjà pris sa décision en ne respectant pas correctement la procédure. Le *ERRB* fera en sorte que les offres de ré-solution de conflit ne soient plus admissibles en cas de licenciement abusif. En outre, le document de consultation contient un exemple de lettre pouvant être adressé à un employé en vue de lui proposer le versement d'une indemnité de départ volontaire en raison de participation insuffisante. Bien que la motivation y soit obligatoire, la lettre n'est pas très différente de ce qui aurait été préconisé dans le cadre d'une procédure d'indemnisation de licenciement sans faute (*compensatory no-fault dismissal – CNFD*), sachant que l'indemnité prévue aurait alors été plus élevée en raison du fait que le gouvernement s'interroge actuellement également sur l'éventualité d'une orientation tarifaire en cas de règlement amiable des litiges.

C – Le montant des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif

Le gouvernement se penche également sur la question du montant approprié des indem-nités dues en cas de licenciement abusif reconnus judiciairement[38] dans la mesure où il considère que le niveau actuel suscite des attentes irréalistes de la part des employés. Le gouvernement a pris note du point soulevé plus avant s'agissant du niveau largement infé-rieur des dommages-intérêts comparativement à la limite légale des indemnités : « Le montant moyen (médian) des dommages-intérêts pour licenciement abusif est inférieure à £5 000 – moins de 10% de la valeur plafond de l'indemnisation et moins de 20% du salaire annuel médian de £25 882 ». Par conséquent, il suggère que « la fixation d'un plafond à 12 mois de salaire » (dans les cas où le montant des dommages-intérêts était inférieur au plafond global (*overall cap*) puisse conduire à des perceptions plus réalistes du niveau probable des dommages-intérêts et ainsi encourager les employeurs et travailleurs à faire des choix plus éclairés lors de la résolution des litiges du travail. Il nous semble que cela aurait également un impact positif en termes d'incitation à résoudre rapidement les conflits, que ce soit par le biais de règlement amiable, de médiation ou de conciliation... Étant donné qu'il existe très peu de dommages-intérêts pour licenciement abusif dont le montant excède celui du salaire annuel moyen, très peu de justiciables serait affecté par la fixation d'un plafond de 12 mois de salaire »[39].

[36] La clause 12 prévoit : « 111A Confidentialité des négociations avant la fin de l'emploi. (1) Lors de la détermination de toute question découlant d'une plainte en vertu de l'article 111, le Tribunal du travail peut ne pas tenir compte de toute offre faite ou discussions tenues, avant la fin de l'emploi en question, en vue de l'échéance de ce contrat à des conditions convenues entre l'employeur et l'employé ; sous réserve des dispositions suivantes du présent article. (2) Le §1 ne s'applique pas lorsque, selon le cas du plaignant, les circonstances sont telles qu'une disposition (peu importe la date) contenue ou adoptée en vertu de la présente ou toute autre loi exige que le plaignant soit considéré aux fins de la présente partie comme licencié abusivement. (3) En ce qui concerne ce qui est dit ou fait qui, selon le tribunal s'avérait inapproprié, ou lié à un comportement inapproprié, le §1 ne s'applique que dans la mesure où le tribunal l'estime juste. (4) La référence au §1 à une question soulevée lors d'une plainte en vertu de l'article 111 inclut toute question relative aux coûts, sauf à l'égard d'une offre basée sur le fait que le droit de s'y référer sur une question telle est réservé. (5) Le §1 n'empêche pas le tribunal de tenir compte d'une décision rendue dans une autre procédure entre l'employeur et l'employé dans laquelle on a tenu compte d'une offre ou discussions du type mentionné dans ce paragraphe ».

[37] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/e/12-1037-ending-the-employment-relationship-consultation.pdf, §§ 35 et 41.

[38] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/e/12-1037-ending-the-employment-relationship-consultation.pdf.

[39] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/e/12-1037-ending-the-employment-relationship-consultation.pdf § 81-2.

En outre, le gouvernement envisage de limiter le plafond global : « le niveau du plafond d'indemnisation est clairement plus élevé que ce qu'il était avant l'augmentation ponctuelle de 1999. En effet, au cours de la période 1999-2011, le *Retail Prices Index* (*RPI*) a augmenté de 42% contre une hausse de 47% pour le revenu moyen (médian). En revanche, le plafond d'indemnisation pour licenciement abusif a connu un accroissement de 503% ; augmentation incluant cependant, la fulgurante poussée survenue entre 1999 (£12 000) et 2000 (£50 000). Par la suite, de 2000 à 2011, le plafond a augmenté de 45% ; le salaire médian et le *RPI* ayant tous deux connu une hausse de 38% au cours de cette période). Nous souhaitons donc examiner si l'actuel plafond est fixé à un niveau approprié afin de fournir une indemnisation raisonnable, mais non excessive, en cas de licenciement abusif ou s'il conviendrait plutôt de le diminuer. Une force du *Enterprise Regulatory Reform Bill* (*ERRB*) serait de permettre la variation du plafond dans une fourchette allant d'une à trois fois le montant d'un revenu (à temps plein) annuel médian (soit actuellement de £25 882 à £77 646) ».

III – Les autres éléments d'évolution du droit du travail

Au-delà des dispositions relatives à la gestion de la main-d'œuvre et à la dérèglementation du droit du travail en matière de rupture d'emploi, d'autres éléments d'évolution du droit du travail méritent, même brièvement, d'être soulignés. Il s'agit d'une part, de la réforme du système judiciaire (A) et, d'autre part, de la proposition de réforme en matière d'actionnariat salarié (B).

A – La Réforme du système judiciaire

Le document de consultation sur la fin de la relation d'emploi était accompagné de propositions de rationalisation du recours judiciaire facilitant le rejet par les juges des cas faibles[40]. Ces changements font partie d'un vaste programme de réforme qui inclut la conciliation obligatoire et induit des frais considérables aux justiciables souhaitant porter plainte devant un Tribunal du travail. Ces frais peuvent se révéler être un important obstacle. Á compter de l'été 2013, le dépôt de plainte pour licenciement abusif coutera £230 et £950 en cas d'audience. En cas d'appel devant le *Employment Appeal Tribunal*, les frais de recours s'élèveront à £400 et à £1 200 en vue d'une audience complète. Cependant, le dispositif de dispense des frais de justice devant les tribunaux civils sera étendu aux requérants qui n'ont pas les moyens de payer les frais.

B – L'actionnariat salarié

La proposition de réforme la plus récente provient du Chancelier de l'Échiquier, George Obsorne, qui annonça, lors de la conférence du *Tory* parti d'octobre 2012, que les employés des PME pourraient désormais renoncer à leurs droits d'ester en justice pour licenciement abusif, *redundancy* ou à leur droit de demander la flexibilité du travail, en échange d'actions de l'entreprise d'une valeur de £50 000 ; lesquelles actions seraient, en cas de vente, exonérées d'impôt sur le capital[41]. Dans les sociétés à responsabilité limitée, il existe un marché limité pour la vente d'action, de sorte que cette proposition risque d'être moins attrayante qu'elle n'y paraît de prise abord. Ceci peut d'ailleurs permettre d'expliquer le mutisme du *TUC* qui a suivi cette proposition :

« *Nous déplorons l'attaque sur les prestations de maternité ou de protection contre le licenciement abusif, mais il apparaît que ces propositions complexes ne sont pas en mesure d'avoir un impact conséquent dans la mesure où peu de petites entre-prises seront enclines à se s'empêtrer dans la paperasserie nécessaire au déclen-chement de telles dérogations. Ceci semble davantage dit pour la forme plutôt que pour faire une grande différence ; toutefois nous demeurerons vigilants afin de nous assurer qu'elles ne représenteront pas le moindre commencement d'une future attaque contre les employés initiée par le rapport Beecroft* »[42].

[40] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/e/12-1039-employment-tribunal-rules-underhill-review.pdf

[41] http://www.hm-treasury.gov.uk/press_91_12.htm. Le document de consultation est accessible à l'adresse : http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/c/12-1215-consultation-on-implementing-employee-owner-status (dernier accès le 19 octobre 2012).

[42] http://www.tuc.org.uk/workplace/tuc-21504-f0.cfm.

Conclusions

Les temps sont aussi difficiles pour les employeurs que pour les travailleurs. Le Royaume-Uni a une dette publique dépassant £1 000 milliard – une des plus élevées dans le monde développé – si significative que la réduction des dépenses publiques aura un effet direct sur les niveaux de l'emploi. Toutefois, la flexibilité déjà incluse dans la règlementation du marché du travail britannique sous-entend que la majorité des réformes législatives n'ont finalement pas été utiles et adéquats pour permettre aux employeurs de parvenir aux changements escomptés. Alors pourquoi donc le droit sur le licenciement a-t-il été singularisé comme une exception ? Bien que le « *Red Tape Challenge* »[43] du gouvernement ait révélé que les parties concernées avaient exprimé leur préoccupation sur l'opération du droit sur le licenciement [44], une étude commandée par la BIS a révélé que 40% des employeurs estiment plus ou moins fermement que les exigences de la réglementation du travail les empêchent d'employer du personnel. Parmi ces 40%, seul 1% a déclaré que les dispositions relatives au licenciement disciplinaire étaient celles qui les freinaient le plus à l'embauche. Faire de telles réformes radicales sur le droit du travail britannique pour aider « le 1% » semble disproportionné. Il apparaît donc que la discussion sur la réforme du droit sur le licenciement est un mandat pour un large débat sur le bien-fondé de la réglementation dans ce domaine. Jusqu'à présent, les partisans de la dérèglementation semblent avoir largement perdu la partie. Toutefois, la souplesse du droit commun, combiné avec le fait qu'un nombre croissant de personnes ne sont plus dans le cadre de relations de travail conventionnelles (et donc ne bénéficient pas de la protection de l'emploi accordée aux « employés ») peut signifier que le marché du travail s'adapte autour de la législation du travail existante. En d'autres termes, il est possible, en pratique, d'éviter une réforme législative... ce qui s'avère être, en fonction de l'opinion politique du lecteur, une bonne ou une mauvaise chose.

[43] http://www.redtapechallenge.cabinetoffice.gov.uk/home/index/ ; and the connected employment law review http://www.redtapechallenge.cabinetoffice.gov.uk/themehome/employment-related-law/ (dernier accès le 9 october 2012).

[44] http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/employment-matters/docs/d/12-626-dismissal-for-micro-businesses-call, p. 6.