

Mia Rönnmar

Associate Professor in Private Law, Université de Lund

Membre du Norma Research Programme (Université de Lund) et du

ReMarkLab Research Programme (Université de Stockholm)

Flexicrité et réglementation de l'emploi suédois *¹

Abstract

The aim of this article is to discuss and analyse the Swedish employment protection regulation in the light of the EU law flexicurity discourse. Flexible and reliable contractual arrangements, flexible work and employment protection are at the centre of attention. Notions of employability and equal treatment also come to the fore. The article provides an account of the EU law flexicurity discourse, presents the regulation of fixed-term work and temporary agency work, two pertinent examples of flexible work, and discusses employment protection regulation and recent developments in case law and collective bargaining.

Résumé

L'analyse du dispositif de protection de l'emploi suédois à la lumière de la politique de flexicrit  de l'Union Européenne constitue l'objectif de cette étude. Dispositions contractuelles flexibles et fiables, travail flexible et protection de l'emploi sont au cœur de toutes les attentions. Les notions d'employabilité et d'égalité de traitement ont également pris de l'importance. L'article rend compte du discours de flexicrit  des lois, fait état de la réglementation du travail à durée déterminée et du travail intérimaire – deux exemples pertinents de travail flexible – et discute des dispositions de protection de l'emploi ainsi que de l'évolution récente de la jurisprudence et de la négociation collective.

* Cet article a été traduit de l'anglais.

¹ Ce travail a été effectué dans le cadre du projet de recherche « *Flexicurity – a study of Swedish employment regulation in a comparative context* », financé par le *Swedish Council for Working Life and Social Research (FAS)*.

La flexicurité – équilibre parfait entre flexibilité et sécurité – est au cœur de la politique européenne de l'emploi et de la modernisation du droit du travail communautaire et du droit du travail dans les différents États membres de l'Union Européenne (UE). Des principes communs de flexicurité ont été adoptés et intégrés dans la Stratégie européenne pour l'emploi, la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi et la Stratégie « Europe 2020 ». Par ailleurs, des approches différentes de flexicurité ont été décrites.

Le but de cet article est de discuter et d'analyser la réglementation du travail suédois à la lumière du discours de *flexicurité* des lois de l'UE. Dispositions contractuelles flexibles et fiables, travail flexible et protection de l'emploi sont au cœur de toutes les attentions. Les notions d'employabilité et d'égalité de traitement ont également pris de l'importance².

Le droit du travail suédois et le système des relations professionnelles se fondent sur l'auto-régulation, la coopération entre les partenaires sociaux, et la négociation collective autonome. Le taux de syndicalisation est d'environ 70 à 75% et le taux de négociation collective est d'environ 90%³. Les salaires et autres conditions d'emploi sont généralement fixés par la négociation collective. Ils sont accompagnés de mécanismes forts et d'une réglementation bien développée pour l'information, la consultation et la co-détermination. L'influence des travailleurs est conduite uniquement à travers les syndicats dans un modèle appelé *single-channel model* (modèle mono-canal).

Dans les années 1970, on a pu constater une augmentation de l'activité législative, et depuis lors, la législation en droit du travail est très fréquente en Suède. L'adhésion de la Suède à l'Union européenne depuis 1995 s'est ajoutée à cette prolifération de législations, couvrant aujourd'hui des domaines tels que la protection de l'emploi, la non-discrimination, le temps

² Les dispositions contractuelles souples et fiables ne se rapportent pas uniquement au travail à durée déterminée, au travail intérimaire et à la protection de l'emploi mais également à d'autres aspects importants du droit du travail, comme le travail à temps partiel, la flexibilité du temps de travail et le contrat de travail tout comme les droits et devoirs réciproques des employeurs et des salariés (tels que l'obligation de loyauté et un éventuel droit à l'éducation et à la formation).

³ Cf. *Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2009, Medlingsinstitutets årsrapport*, Stockholm 2009, p. 28.

de travail, les congés, la négociation collective ainsi que le droit de grève et d'information, la consultation et la co-détermination. Un des traits caractéristiques de la plupart des règles de droit du travail suédois – y compris la législation sur la flexibilité du travail et la protection de l'emploi – est son caractère « semi-contrainant », qui permet des écarts, à la fois à l'avantage et au détriment des salariés, par rapport aux dispositions légales par le biais d'une convention collective conclue entre l'employeur et le syndicat. De cette façon, des remaniements souples peuvent être effectués pour répondre aux besoins des industries, de secteurs particuliers ou d'entreprises. En règle générale, les dispositions des conventions collectives peuvent également être appliquées aux employés non syndiqués ou aux employés membres d'un syndicat non signataire de l'accord collectif⁴

Après l'étude de l'esprit du droit de l'UE en matière de flexicurité (I), deux exemples pertinents de travail flexible sont analysés à travers la présentation de la réglementation du travail à durée déterminée et le travail intérimaire (II). Enfin, la réglementation sur la protection de l'emploi ainsi que l'évolution récente de la jurisprudence et de la négociation collective seront abordées (III) avant d'apporter quelques remarques finales.

I – L'esprit du droit de l'UE en matière de flexicurité

Le Livre vert de 1997 sur la nouvelle organisation du travail⁵, les Lignes directrices pour l'emploi de 1998, ainsi que les Directives sur le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée⁶, constituent les premiers développements du débat sur la flexicurité du droit de l'UE. Les principaux exemples nationaux des stratégies et politiques réussies de flexicurité – souvent mis en avant par l'OCDE et la Commission européenne comme

⁴ Cf., par exemple, la section 2 de l'*Employment Protection Act* de 1982 et la section 4 du *Co-determination Act* de 1976.

⁵ Cf. COM(1997) 128 final.

⁶ Directive 97/81/EC du Conseil du 15 décembre 1997 sur l'*Accord-cadre sur le travail à temps partiel* conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES et la Directive 1999/70/EC du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'*Accord-cadre sur le travail à durée déterminée* conclu par le CES, l'UNICE et le CEEP.

source d'inspiration – sont le *Flexibility and Security Act* néerlandais de 1999 et le *Golden Triangle of Flexicurity* danois⁷.

La flexicurité concerne le modèle Atkinson de « l'entreprise flexible », souvent pris en exemple dans la recherche de flexibilité sur le marché du travail. L'entreprise flexible est composée de trois segments différents de main d'œuvre : les « *travailleurs de base* », ayant des compétences spécifiques, généralement détenteurs des conditions de travail et d'une protection d'emploi de haute qualité, « *les travailleurs périphériques* », ayant une connexion plus lâche à l'entreprise, souvent employés pour des contrats de travail à durée déterminée ou à temps partiel, et les « *travailleurs externes* », au service, mais non salariés, de l'entreprise, tels que les travailleurs indépendants ou les intérimaires. L'employeur a généralement recours à des stratégies différentes de flexibilité en fonction de ces segments de main-d'œuvre. La « *flexibilité numérique* » concerne à la fois la forme et la durée du contrat de travail ainsi que les accords sur le temps de travail, et vise principalement une plus grande flexibilité dans le nombre de travailleurs employés. La « *flexibilité fonctionnelle* » est une question d'adaptabilité et de polyvalence dans les relations de travail stables, et elle affecte principalement les travailleurs de base. L'objectif de la flexibilité fonctionnelle est de faire varier le travail selon l'évolution des besoins de production. Enfin, la « *flexibilité financière* » consiste à rendre les salaires plus adaptables aux circonstances, à savoir pour illustration les bénéfices de l'entreprise, les acquis ou l'efficacité de l'employé.

Un autre aspect de la flexibilité sur le marché du travail – et de la flexicurité – concerne les formes ou les méthodes utilisées pour y parvenir. La « *flexibilité substantielle* » se réfère au nombre de solutions de remplacement proposées dans une situation donnée, alors que la « *flexibilité de procédure* » (généralement considérée comme la méthode la plus efficace des deux) se réfère à des mécanismes inhérents à un système de règles facilitant le changement en fonction des différents besoins. La négociation collective et l'information, la consultation et les négociations avec les

⁷ Cf. par exemple, Commission Européenne, *Employment in Europe 2006*, 2006, p. 77 ; OECD, *OECD Employment Outlook 2004*, 2004, p. 97 ; et *European Expert Group on Flexicurity*, T. Wilthagen (rapporteur), *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, Bryssel 2007.

représentants des travailleurs sont importantes pour l'aboutissement de la flexibilité de procédure⁸.

Le très controversé Livre vert de 2006 sur la modernisation du droit du travail a examiné le rôle que le droit du travail pourrait jouer dans la promotion de la croissance et de l'emploi, et le développement de la flexicurité. Suite au rapport du Groupe d'experts européens sur la flexicurité (dirigé par Wilthagen), le Conseil a adopté en 2007 des principes communs de flexicurité devant être intégrés à la Stratégie européenne pour l'emploi et à la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et le travail⁹. La flexicurité est décrite au niveau de l'UE comme une stratégie intégrée visant à renforcer, en même temps, la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail. Elle comporte par ailleurs les éléments suivants : souplesse et sécurisation des dispositions contractuelles ; apprentissage tout au long de la vie ; politiques actives du marché du travail ; et systèmes modernes de sécurité sociale. Les États membres doivent utiliser les différentes voies envisageables de flexicurité en fonction de leur droit du travail, des relations professionnelles, et de leur système de sécurité sociale¹⁰.

Les accords contractuels souples et sécurisés (par le biais de lois du travail modernes, de conventions collectives et de l'organisation du travail) –

⁸ Cf. J. Atkinson, « Manpower Strategies for Flexible Organisations », *Personnel Management*, août 1984, pp. 28-31 ; M. Rönmar, « The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility », *Industrial Law Journal*, Vol. 35, N° 1, 2006, pp. 56-74. Dans le contexte de flexicurité, Wilthagen discute de la flexibilité, suivant le modèle de Atkinson, en termes de flexibilité numérique externe, flexibilité numérique interne, flexibilité fonctionnelle et salaire flexible, et évoque également la sécurité en termes de sécurité d'emploi, sécurité d'employabilité, sécurité de revenu et sécurité combinée, Cf. T. Wilthagen, *The Flexibility-Security Nexus: New approaches to regulating employment and labour markets*, Flexicurity research paper FXP 2003-2, OSA/Institute for Labour Studies, Tilburg University, Tilburg 2002.

⁹ Cf. Commission Européenne, Livre vert, *Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, COM(2006) 708 final, Groupe d'experts européens sur la flexicurité 2007 et Commission Européenne, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, COM (2007) 359 final.

¹⁰ Cf. COM(2007) 359 final.

au cœur du droit du travail et du présent article – visent à réduire la segmentation du marché du travail et à permettre l'égalité de traitement entre travailleurs permanents, travailleurs à durée déterminée et autres travailleurs externes. Cette égalité de traitement peut être réalisée par un nouvel équilibre entre flexibilité numérique et fonctionnelle, par la déréglementation de la protection de l'emploi et la création d'une approche visant la titularisation (*tenure track approach*), et d'une protection progressive de l'emploi¹¹. L'employabilité et les transitions du marché du travail sont également en discussion, et par conséquent, un changement d'orientation de la sécurité d'emploi et de la protection traditionnelle de l'emploi vers une sécurité par le biais de l'employabilité en relation avec le marché du travail tout entier.

Le débat sur la flexicurité des normes de l'UE (en particulier tel qu'il est exprimé dans le Livre vert sur la modernisation du droit du travail) a été critiqué, clairement par le mouvement syndical, mais également par des universitaires, car il se concentre uniquement ou principalement sur la flexibilité et la dérégulation du marché du travail¹².

Force est de constater que jusqu'à présent, les expressions juridiques probablement les plus claires issues du débat de l'UE sur la flexicurité correspondent aux directives sur le travail à temps partiel, à durée déterminée et sur le travail intérimaire¹³. Le Livre vert sur la modernisation du droit du travail (mettant *inter alia* l'accent sur la notion d'employés, le travail intérimaire, le temps de travail et le travail non déclaré) n'a encore débouché sur aucune autre proposition juridique explicite, liée au débat sur la flexicurité, de la Commission européenne¹⁴.

¹¹ Cf. COM(2007) 359 final, Parcours 1 « Résoudre le problème de la segmentation contractuelle », d'un intérêt spécifique pour la Suède, visant *inter alia* à améliorer la situation des travailleurs flexibles, à réaménager le contrat à durée indéterminée pour inclure la mise en place progressive de la protection de l'emploi et la refonte des règles de licenciement économique.

¹² Cf. *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Flexicurity and industrial relations*, Dublin 2009, p. 10.

¹³ Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 sur le travail intérimaire. Cf. également l'Accord-cadre européen sur le télétravail à partir de 2002, résultant du Dialogue social européen.

¹⁴ En général, la protection de l'emploi en tant que tel n'est que partiellement réglementé au niveau européen (cf. l'article 153 du TFUE et l'article 30 de la Charte

L'intégration des principes communs de flexicurité dans la Politique européenne de l'emploi, la Stratégie pour l'emploi ainsi que la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi en est l'expression récente la plus claire – quoique, encore assez vague – du discours de l'UE sur la flexicurité. Les lignes directrices pour l'emploi font partie des Lignes directrices intégrées pour la période 2008-2010. Atteindre le plein-emploi et réduire le chômage et l'inactivité sont essentiels en vue de soutenir la croissance économique et renforcer la cohésion sociale. Une approche intégrée de la flexicurité est vitale pour atteindre ces objectifs. Plus précisément, l'orientation 21 (des Lignes directrices intégrées) vise à promouvoir « la flexibilité combinée à la sécurité de l'emploi et à réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux » par le biais, *inter alia*, « de l'adaptation de la législation sur l'emploi, réexaminant si nécessaire les différents accords contractuels et le temps de travail ».

Au niveau national, le *Swedish Reform Programme for Growth and Jobs* (programme suédois de réforme pour la croissance et l'emploi) 2008-2010 est succinct s'agissant de la ligne directrice 21, des accords souples et du droit du travail. Il souligne que la législation du travail en Suède fournit généralement de bonnes opportunités pour combiner des conditions sûres de marché du travail avec un taux d'emploi élevé. Le rôle des partenaires sociaux est fondamental et le caractère « semi-contraignant » de la législation du travail prévoit une adaptation plus souple aux besoins de secteurs particuliers. Le programme de réforme traite également de la réforme de 2007 sur la réglementation du travail à durée déterminée (section 3.1). Il n'existe, cependant, aucune discussion sur les futures réformes des règles de protection de l'emploi légal¹⁵. Le rapport d'étape annuel pour 2009 du Programme suédois de réforme pour la croissance et l'emploi fait référence, en ce qui concerne la ligne directrice 21 et les dispositions contractuelles flexibles et sécurisées, aux discussions antérieures sur la réforme de la réglementation du travail à durée déterminée de 2007 et à l'importance des partenaires sociaux et de la négociation collective. En outre,

des droits fondamentaux de l'UE), *inter alia* par les Directives restructurées 2001/23/CE sur le transfert d'entreprises et 1998/59/EC sur les licenciements collectifs.

¹⁵ Cf. *The Swedish Reform Programme for Growth and Jobs 2008–2010*, *Regeringens skrivelse* 2008/09:34.

les indicateurs de l'OCDE sur la protection de l'emploi et le « classement » du niveau de protection de l'emploi dans les différents pays est sujet à discussion. Après avoir « classé » la Suède parmi les pays les plus protecteurs de l'emploi, l'OCDE estime aujourd'hui (en 2009) que la protection de l'emploi en Suède est désormais plus souple (21^{ème} pays le plus protecteur sur 30)¹⁶.

Dans le Rapport conjoint sur l'emploi 2008/2009, le Conseil conclut que la « flexicurité est aujourd'hui reconnue comme une approche clé pour rendre les marchés du travail plus réactifs aux changements résultant de la mondialisation » et que « l'analyse des programmes nationaux récents de réforme montre que plusieurs États membres mettent en place des stratégies de flexicurité, mais aussi que les efforts globaux sont encore insuffisants et doivent être renforcés, notamment en raison du ralentissement économique »¹⁷.

La nouvelle stratégie « Europe 2020 » propose trois priorités qui se renforcent mutuellement : une croissance intelligente, une croissance durable et une croissance inclusive. Au titre de la croissance inclusive – économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion économique, sociale et territoriale – une nouvelle initiative phare, « Une stratégie pour les nouvelles compétences et l'emploi » est introduite. Ici, la Commission s'attachera à définir et mettre en œuvre la deuxième phase du programme de flexicurité, en collaboration avec les partenaires sociaux européens, entre autres pour adapter le cadre législatif à l'évolution des modes de travail.

Au niveau national, les États membres procéderont à la mise en œuvre de leurs directives nationales de flexicurité pour réduire la segmentation du

¹⁶ Cf. *The Swedish Reform Programme for Growth and Jobs – Annual Progress Report 2009*, *Regeringens skrivelse* 2009/10:34. Cf. également le débat sur les indicateurs de l'OCDE concernant la protection de l'emploi, et la tentative de Deakin *et al.* de développer un système d'évaluation de la réglementation du droit du travail plus nuancé, *cf.*, pour illustration, S. Deakin, P. Lele and M. Siems, « The evolution of labour law: Calibrating and comparing regulatory regimes », *International Labour Review*, Vol. 146, N° 3–4, 2007, pp. 133–162 et S. Deakin et P. Sarkar, « Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new times series data », *Industrial Relations Journal*, Vol. 39, N° 6, 2008, pp. 453–487.

¹⁷ Voir le *Joint Employment Report 2008/2009*, p. 7.

marché du travail et faciliter les transitions¹⁸. Comme expression de la stratégie Europe 2020, des lignes directrices intégrées ciblées sont proposées. Ici, la flexicurité est plus implicitement abordée dans les lignes directrices 7 à 10, concernant notamment l'accroissement de la participation au marché du travail et la réduction du taux de chômage structurel ainsi que le développement d'une main-d'œuvre qualifiée répondant aux besoins du marché, la promotion de la qualité du travail et l'apprentissage continu. Les États membres doivent intégrer les principes de flexicurité dans leurs politiques de marché du travail et les appliquer en vue d'accroître la participation au marché du travail et lutter contre sa segmentation, etc.¹⁹

II – Réglementation du travail à durée déterminée et du travail intérimaire²⁰

A – Travail à durée déterminée

Dans les dernières décennies, la Suède, comme beaucoup d'autres pays, a connu une augmentation générale du travail flexible. En 2008, 16,1% des employés suédois étaient sous contrat à durée déterminée, comparés aux 10% recensés en 1990. Dans l'Europe des 15, le taux moyen correspondait, en 2008, à 14,1%. Cette même année, 26,6% des employés travaillaient à temps partiel (41,1% chez les femmes et 13,3% chez les hommes). Malgré la croissance rapide du travail intérimaire en Suède, aujourd'hui, il ne

¹⁸ Cf. la Communication de la Commission, *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM (2010) 2020.

¹⁹ Cf. le *Proposal for a Council Decision on guidelines for the employment policies of the Member States. Part II of the Europe 2020 Integrated Guidelines*, COM(2010) 193 final.

²⁰ Pour plus de détails et une analyse plus approfondie de la réglementation du travail à durée déterminée et du travail intérimaire, Cf. M. Rönmar, « L'impact de la Directive sur le travail temporaire en Suède », *Revue de Droit du Travail*, n° 1, 2010, pp. 60–63 et M. Rönmar, « Labour Policy on Fixed-Term Work. Sweden », in: T. Araki and H. Nakakubo (guest eds), *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts. A comparative Overview*, R. Blanpain (ed.), *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Vol. 76, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, pp. 157-173.

représente que 1% environ de la population active totale. En 2008, l'emploi individuel représentait 5,3% de l'emploi total²¹.

La réglementation des contrats de travail à durée déterminée est devenue un enjeu important en Suède au début des années 1970. La protection de l'emploi légal (d'abord établi par l'*Employment Protection Act* de 1974) nécessite des normes sur les contrats à durée déterminée, afin d'éviter le contournement de la protection de l'emploi lié à l'emploi permanent²². Dans le cadre des prérogatives de direction, l'employeur, en principe, jouit d'un droit d'embaucher librement²³. Le contrat de travail peut être oral, écrit²⁴. Dans l'*Employment Protection Act* de 1974, les principes de base concernant les contrats de travail à durée déterminée ont été fixés. Un contrat de travail permanent est conclu pour une durée indéterminée, et ne peut être résilié que par le biais d'un licenciement que l'employeur doit justifier par un motif valable. En revanche, un contrat de travail à durée déterminée est conclu pour une période de temps limitée, et se termine à l'expiration du terme convenu, sans la nécessité d'un préavis ou d'une cause juste²⁵.

Les contrats à durée indéterminée sont considérés comme la règle²⁶. Les contrats de travail à durée déterminée ne sont eux autorisés que lorsqu'ils sont convenus et spécifiquement prévus par la loi, en particulier l'*Employment Protection Act* de 1982, ou par les conventions collectives. La partie (souvent l'employeur) affirmant l'existence d'un contrat de travail à

²¹ Cf. Commission Européenne, *Employment in Europe 1998*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1998, p. 162 ; Commission Européenne, *Employment in Europe 2009*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2009, p. 156 et p. 182.

²² Cf. A. Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1984 ; A. Numhauser-Henning, « Fixed-term Work in Nordic Labour Law », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, n° 3, 2002, pp. 429–457 ; *Government Bill Prop.* 1973:129, p. 145 ; et *Government Bill Prop.* 1981/82:71, p. 43.

²³ Ce droit est cependant limité, notamment par la législation de non-discrimination, le droit de priorité au retour à l'emploi et (dans le secteur public) les formalités constitutionnelles requises pour l'objectivité.

²⁴ Voir K. Källström and J. Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2nd ed., Iustus förlag, Uppsala 2009, p. 104.

²⁵ Cf. *Employment Protection Act* de 1982, Section 4.

²⁶ *Ibid.*

durée déterminée supporte la charge de la preuve²⁷. Néanmoins, et de manière primordiale, ces dispositions sont « semi-contraignantes » et les conventions collectives régissant les contrats à durée déterminée, de manière plus ou moins large, sont fréquentes²⁸.

En 1974, la réglementation sur les contrats de travail à durée déterminée a été rigoureuse et liée à l'existence d'une « raison objective ». La tendance générale – à la fois en ce qui concerne les réformes légales fréquentes et le développement dans la jurisprudence – a dès lors évolué vers l'augmentation des possibilités de recours aux contrats à durée déterminée pour les employeurs²⁹.

Le *Fixed-Term Work Directive/Framework Agreement on Fixed-Term Work* a été adoptée en 1999 (cet accord a suivi la Directive sur le temps de travail et a précédé le Directive sur le travail temporaire). L'objectif de la directive est double : améliorer la qualité du travail à durée déterminée en garantissant l'application du principe de non-discrimination ; et établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation successive de contrats de travail à durée déterminée ou de relations personnelles³⁰.

²⁷ Cf. L. Lunning et G. Toijer, *Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen*, 9th ed., Norstedts Juridik, Stockholm 2006, p. 156 ; *Government Bill Prop.* 1973:129, p. 144 ; *Government Bill Prop.* 1981/82:71, p. 38 ; et A. Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, op. cit. Cf. *Labour Court judgments AD* 1996:7, AD 1990:92 and AD 1988:143.

²⁸ Cf. *Employment Protection Act* de 1982, Section 2. Voir également Lunning et Toijer, 2006, p. 75 ; *Government White Paper Ds* 2002:56, p. 227. De plus, les dispositions sur les contrats de travail à durée déterminée dans les statuts ou règlements spécifiques ont la priorité devant les dispositions de la Loi, en vertu de l'article 2 paragraphe 1 du *Employment Protection Act* de 1982.

²⁹ Cf. *Government Bill Prop.* 1973:129, p. 144 ; *Government Bill Prop.* 1981/82:71, p. 38 et A. Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, op. cit. Par exemple, le *Labour Court* a « assoupli » les exigences pour le recours à l'emploi temporaire de remplacement et aux « contrats d'emploi en projet », cf. *Government White Paper Ds* 2002:56, p. 219 ; S. Engblom, « Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 24, n° 1, 2008 et, par exemple, *Labour Court judgments AD* 1985:30 et AD 2000:51.

³⁰ Cf. les clauses 1, 4 et 5.

Le droit du travail suédois est généralement caractérisé par son champ d'application personnel uniforme et étendu, et par un degré traditionnellement élevé d'égalité de traitement des différentes catégories de travailleurs – comme les ouvriers et les cols blanc, le public et le privé, et les employés sous contrat à durée déterminée et indéterminée (à l'exception de la protection de l'emploi)³¹.

Le principe de non-discrimination dans la Directive sur le travail à temps partiel et la Directive sur le travail à durée déterminée a été transposé en Suède par la création d'une nouvelle loi en 2002, le *Prohibition of Discrimination of Employees Working Part-Time and Employees with Fixed-Term Employment Act*³². Cette loi s'est alignée sur les autres lois suédoises en matière de non-discrimination, et contient des dispositions interdisant la discrimination directe et indirecte (allant ainsi au-delà des exigences des directives). Le principe de non-discrimination de la Directive sur le travail à durée déterminée est limité en ce sens qu'elle exige que le traitement défavorable des travailleurs à durée déterminée se rapporte uniquement au contrat à durée déterminée, et elle permet également à l'employeur de justifier un comportement discriminatoire même direct pour des raisons objectives³³. La jurisprudence concernant le principe de non-discrimination du *Prohibition of Discrimination of Employees Working Part-Time and Employees with Fixed-Term Employment Act* de 2002 est très limitée. Il est difficile pour les employés de prouver qu'ils sont dans une situation comparable à celle d'un employé à temps plein ou permanent, ou qu'ils ont été traités de manière moins favorable en se fondant sur le seul motif de leur contrat à temps partiel ou à durée déterminée³⁴.

La dernière réforme de la réglementation des contrats de travail à durée déterminée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007. Elle vise à simplifier et à clarifier la réglementation des contrats de travail à durée déterminée, mais

³¹ Cf. Engblom, « Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden », *op. cit.*

³² Voir *Government Bill Prop. 2001/02:97*.

³³ Cf. A. Numhauser-Henning, « Fixed-term Work in Nordic Labour Law », *op. cit.* et *Government Bill Prop. 2001/02:97*, p. 31.

³⁴ Cf. les décisions du *Labour Court AD 2008:32* (salaires des employés à durée déterminée et à temps partiel s'agissant de publicitaires) et *AD 2008:97* (vacation des acteurs employés à durée déterminée). Cf. également *Case C-313/02 Nicole Wippel v Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KGK* [2004] ECR I-9483.

aussi de répondre au besoin de sécurité et de participation des salariés au sein d'un marché du travail souple et efficace et à accroître les possibilités pour les employeurs de faire usage des contrats de travail à durée déterminée³⁵. La réforme met en lumière, au moins partiellement, une nouvelle attitude vis-à-vis des contrats de travail à durée déterminée. En effet, de nombreux contrats à durée déterminée ont été remplacés par une nouvelle forme de contrat – l'emploi à durée déterminée générale³⁶ – complétée uniquement par l'emploi temporaire de remplacement, l'emploi saisonnier, le contrat à durée déterminée pour les salariés âgés de plus de 67 ans, et le contrat d'essai (*probationary*)³⁷. Par conséquent, la portée juridique des contrats de travail à durée déterminée est maintenant plus large. L'employeur est libre de proposer des emplois à durée déterminée générale, et il ne lui est pas nécessaire d'avoir des raisons objectives. Toutefois, lorsqu'un salarié a été embauché – pour un emploi à durée déterminée générale ou comme remplaçant temporaire – par un employeur pour un total de deux ans au cours des cinq dernières années, le contrat est automatiquement converti en contrat à durée indéterminée, en vertu de la section 5 paragraphe 2 de l'*Employment Protection Act* de 1982. Les périodes d'activité accomplies dans l'emploi à durée déterminée générale et dans l'emploi temporaire de remplacement ne sont pas cumulables. Un salarié peut par conséquent être employé pour un total de quatre ans (dans un délai de cinq ans, l'emploi saisonnier et le contrat d'essai peuvent, en principe, se succéder)³⁸.

Avant de mettre fin à un contrat d'essai, ou à un contrat de travail à durée déterminée conclu conformément à la section 5 de l'*Employment Protection Act* de 1982, si le salarié a été embauché pour un total de 12 mois au cours des 3 dernières années, l'employeur est alors tenu d'informer le salarié et son syndicat ; ces derniers ont par ailleurs le droit de consulter l'employeur³⁹. Un

³⁵ Cf. *Government White Paper Ds* 2002:56 et *Government Bill Prop.* 2006/07:111.

³⁶ Cf. *Employment Protection Act* de 1982, Section 5.

³⁷ Cf. *Government Bill Prop.* 2006/07:111.

³⁸ Des études antérieures montrent que la négociation collective (tenant compte d'une portée plus large ou – comme c'est peut-être plus souvent le cas – plus restreinte aux contrats de travail à durée déterminée) sert à « amortir le choc » et à retarder les effets des réformes réglementaires, Cf. *Government White Paper Ds* 2002:56, p. 227 ; et Engblom, « Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden », *op. cit.*

³⁹ Cf. l'*Employment Protection Act* de 1982, sections 15-17, 30a et 31.

salarié sous contrat à durée déterminée (à l'exception d'un contrat d'essai), licencié après avoir été employé au total pendant plus de 12 mois au cours des 3 dernières années, dispose d'un droit de priorité à l'embauche en vertu des sections 4.2 et 25 de l'*Employment Protection Act* de 1982⁴⁰.

Il n'y a pas de mise en œuvre explicite au regard de la Directive sur le travail à durée déterminée et de la clause 5 sur les mesures contre les abus de recours aux emplois successifs à durée déterminée. La réglementation actuelle a été jugée satisfaisante⁴¹. En 2007, le *Swedish Confederation for Professional Employees* (TCO) a déposé une plainte formelle à la Commission européenne afin que l'échec de l'État suédois quant à l'application correcte de la Directive sur le travail à durée déterminée soit reconnu. La TCO a critiqué le contenu de la réforme de 2007 sur la réglementation des contrats de travail à durée déterminée, notamment s'agissant, d'une part, du vaste champ ouvert en faveur du travail à durée déterminée générale sans qu'il soit nécessaire pour l'employeur de justifier de raisons objectives pour y recourir, et d'autre part, des effets du non-cumul des périodes d'emploi consacrées à un emploi à durée déterminée générale et à l'emploi de remplacement temporaire. En mars 2010, la Commission européenne a fait une notification formelle – la deuxième étape de la procédure d'infraction – au gouvernement suédois au sujet de son insuffisante mise en œuvre de la Directive⁴².

⁴⁰ Cf. Källström et Malmberg, *op. cit.*, 2009, p. 118. Des limites de temps spécifiques s'appliquent à l'emploi saisonnier en vertu de la section 25 de l'*Employment Protection Act* de 1982. En outre, un contrat de travail à durée déterminée qui a été conclu en violation des dispositions de l'*Employment Protection Act* de 1982 peut être qualifié par le tribunal de contrat d'emploi à durée indéterminée, en vertu de la section 36 de l'*Employment Protection Act* de 1982.

⁴¹ Cf. Government Bill Prop. 2001/02:97, p. 50 ; et Numhauser-Henning, « Fixed-term Work in Nordic Labour Law », *op. cit.*

⁴² Cf. TCO, *Anmälan mot Konungariket Sverige på grund av att nya regler om visstidsanställningar i Sverige innebär ett bristande genomförande av Direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP*, Stockholm, 2007-06-20 et Engblom, « Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden », *op. cit.*

B – Le travail intérimaire

Les agences de travail temporaire (et les agences privées pour l'emploi) ont été interdites en Suède entre 1935 et 1991 (en conformité avec la Convention n° 96 sur les bureaux de placement payants adoptée en 1949 et révisant la Convention n° 34 de l'OIT sur les bureaux de placement payants adoptée en 1933 par l'OIT). Pourtant, en pratique, cette interdiction n'a pas été pleinement mise en œuvre. Le travail intérimaire a été légalisé en 1991 et davantage libéralisé en 1993 par l'adoption du *Private Job Placement and Hiring-out of Labour Act*⁴³. La loi de 1993 établit l'un des systèmes les plus libéraux d'Europe⁴⁴. En effet, elle ne contient que trois restrictions de base au travail intérimaire. D'une part, en vertu de la section 6 du *Private Job Placement and Hiring-out of Labour Act*, l'agence de travail temporaire ne peut pas exiger le paiement de frais quelconque par le travailleur ; le contraire serait constitutif d'une infraction pénale. D'autre part, la section 4 de cette loi de 1993 précise que l'agence ne peut entraver l'acceptation par le travailleur d'une offre directe d'emploi formulée par l'entreprise utilisatrice. Enfin, la section 4 de la même loi prévoit qu'un travailleur dont le contrat de travail a pris fin avec une entreprise et qui accepte un emploi dans une agence de travail temporaire ne peut être embauché chez son ancien employeur pendant les six mois qui suivent la fin de son contrat.

Selon la section 2 du *Private Job Placement and Hiring-out of Labour Act*, un travailleur intérimaire est un employé de l'agence de travail temporaire qui, dans le cadre de sa relation de travail, exécute un travail pour un tiers, dénommée l'entreprise utilisatrice. Comme mentionné précédemment, le droit du travail suédois a un caractère universel, et les dispositions générales du droit du travail s'appliquent à tous les employés, y compris les travailleurs intérimaires. L'emploi permanent est la règle fondamentale pour les travailleurs intérimaires également. Pourtant, le

⁴³ Cf. *Government Bill Prop.* 1992/93:218.

⁴⁴ Cf. K. Ahlberg et N. Bruun, « Denmark, Finland and Sweden: Temporary Agency Work Integrated in the Collective Bargaining System » in: K. Ahlberg *et al.*, *Transnational Labour Regulation. A Case Study of Temporary Agency Work*, P.I.E. Lang, Brussels 2008, p. 40 ; cf. A. Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling. En studie av svensk rätt och kollektivavtalsreglering med komparativa inslag*, Juristförlaget i Lund, Lund 2008 ; et B. Nyström, « The Legal Regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 23, 2001, pp. 173-210.

travail à durée déterminée est un peu plus commun pour les travailleurs intérimaires⁴⁵.

Le travail intérimaire a été intégré avec succès dans le système suédois de négociation collective autonome. La première convention collective a été signée entre un syndicat de cadres et une organisation patronale en 1988, avant même que le travail intérimaire n'ait été légalisé. Aujourd'hui, le secteur est principalement couvert par la négociation collective, avec des dispositions de la convention collective portant notamment sur les revenus mensuels garantis/les salaires et y compris avec un principe d'égalité de traitement, pour les ouvriers, en ce qui concerne les salaires).⁴⁶

Les sections 38 et 39 du *Co-determination Act* de 1976 offrent aux syndicats, liés par un accord collectif à l'employeur, un droit de négociation avant que ce dernier ne confie un travail à un travailleur qui ne soit pas un des ces -employé, y compris intérimaire. Si l'embauche d'intérimaires semble de nature à entraîner l'annulation de la législation ou d'un accord collectif, ou contraire à la pratique généralement acceptée dans l'industrie, le syndicat dispose d'un droit de veto. Cela arrive rarement.

L'objectif de la Directive relative au travail intérimaire est, en vertu de son article 2, de veiller à la protection des travailleurs intérimaires et à améliorer la qualité du travail en tenant compte de la nécessité d'établir un cadre approprié pour l'utilisation du travail intérimaire en vue de contribuer efficacement à la création d'emplois et au développement de formes souples

⁴⁵ Cf. A. Berg, 2008, *op. cit.*, p. 312 et B. Nyström, « The Legal Regulation of Employment Agencies and Employment Leasing Companies in Sweden », *op. cit.*

⁴⁶ Il existe trois principales conventions collectives : le *White-collar Agreement for Salaried Employees in Staff Agencies* passé entre le *Swedish Association of Staff Agencies*, le *Swedish Union of Commercial Employees HTF* (maintenant *Unionen*) et le *Swedish Confederation of Professional Associations* ; le *blue-collar Agreement for Staff Agencies* passé entre le *Swedish Association of Staff Agencies* et les syndicats affiliés au *Swedish Confederation of Trade Unions (LO)* ; et un accord dans le secteur de la santé. Cf. Berg, *op. cit.* p. 238 pour une analyse approfondie de ces conventions collectives. Cf. également Ahlberg et Bruun, « Denmark, Finland and Sweden: Temporary Agency Work Integrated in the Collective Bargaining System », *op. cit.* et R. Eklund, « Who Is Afraid of the Temporary Agency Work Directive? », in R. Eklund *et. al.* (red.), *Skrifter till Anders Victorins minne*, Iustus, Uppsala 2009, pp. 139-166.

de travail⁴⁷. L'article 5.1 contient le, controversé et très discuté, principe d'égalité de traitement qui dispose que le « travail de base et les conditions d'emploi des travailleurs intérimaires sont, pour la durée de leur affectation à une entreprise utilisatrice, au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par cette entreprise pour y occuper le même poste ».

Une enquête suédoise gouvernementale, dont la tâche consiste à analyser la mise en œuvre de la directive et à faire des propositions législatives, doit faire un rapport d'ici octobre 2010. Le point de départ de l'enquête gouvernementale est le système de négociation collective autonome. Par ailleurs, l'enquête devrait rechercher la solution la moins perturbante possible au regard des conventions collectives existantes. Quant au principe d'égalité de traitement, de travail de base et de conditions d'emploi, l'enquête devra analyser si ce principe peut être mis en œuvre, en totalité ou en partie, par les conventions collectives (à l'aide de l'exemption prévue à l'article 5.3)⁴⁸. Pour l'heure, force est de constater que l'évolution jurisprudentielle récente ainsi que celle de la négociation collective mettent en lumière le contournement du dispositif juridique en matière de protection de l'emploi par le biais de l'utilisation du travail intérimaire.

III – Dispositions relatives à protection de l'emploi

A – Présentation générale de la réglementation

L'*Employment Protection Act* de 1982 s'applique, dès le premier jour de travail, à tous les employés, du secteur privé ou public⁴⁹. Les petites entreprises ne sont pas exemptées. L'employeur peut congédier un employé permanent pour des raisons personnelles ou *reasons of redundancy* (surplus

⁴⁷ Cf. N. Countouris et R. Horton, « The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise? », *Industrial Law Journal*, Vol. 38, N° 3, September 2009, pp. 329-338.

⁴⁸ Cf. *Instructions for a Governmental Inquiry on the Implementation of the Temporary Agency Work Directive*, Kommittédirektiv Dir. 2009:85.

⁴⁹ Certains sous-groupes d'employés, comme les employés ayant un poste de gestion élevé et les membres de la famille de l'employeur, sont cependant exclus en vertu de la section 1 sous section 2 du *Employment Protection Act* de 1982.

de main-d'œuvre)⁵⁰ à condition d'avoir, en vertu de la section 7 de l'*Employment Protection Act* de 1982, une cause juste (*just cause*) (ou des raisons objectives) de licenciement⁵¹. Parallèlement à la nécessité de *just cause*, l'employeur a notamment l'obligation de négocier avec les syndicats, de respecter les préavis, de proposer au travailleur un autre travail, de l'informer, de le former, d'appliquer les règles d'ancienneté, et, si les conditions requises sont remplies, de respecter la priorité de réembauchage des employés licenciés. Ainsi, conformément au un principe de l'*ultima ratio*, l'employeur doit essayer d'éviter le licenciement en prenant en priorité les mesures les moins radicales. Aussi, en comparaison avec de nombreux autres pays, la protection de l'emploi suédois est traditionnellement considérée comme vigoureuse⁵².

Principalement, le dispositif de protection de l'emploi donne aux employés des droits exécutoires forts. Toutefois, en raison à la « nature semi-contraignante » de l'*Employment Protection Act* de 1982, des droits individuels même importants (tels que les règles d'ancienneté et le droit de priorité au retour à l'emploi) peuvent être contournés (voire désavantager l'employé) au moyen d'une convention collective conclue entre l'employeur et un syndicat.

⁵⁰ Nous verrons plus avant qu'il s'agit d'un concept large, englobant différentes (et assez disparates) raisons d'ordre économique, d'organisation du travail ou autres.

⁵¹ La protection de l'emploi légal dans l'*Employment Protection Act* de 1974 (et plus tard dans la loi de 1982) a été précédée d'abord par le droit unilatéral de l'employeur de licencier et, plus tard, par une protection de l'emploi limitée et négociée collectivement, Cf. A. Henning, 1984, *op cit.* En outre, le licenciement rapide peut être, en vertu de la section 18 de l'*Employment Protection Act* de 1982, utilisé en cas de manquements graves au contrat de travail.

⁵² Ainsi, par exemple, Van Peijpe fait valoir que la Suède constitue un modèle global de protection (*inclusive-protective model*), offrant une protection forte et générale de l'emploi, appuyée par des règles globales en matière d'information, de consultation et de co-détermination, Cf. T. van Peijpe, « Employment Protection under Strain (Sweden, Denmark, The Netherlands) » in R. Blanpain (ed.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (The Hague, Kluwer Law International, 1998), N° 33.

B – Le licenciement pour *reasons of redundancy*

En suède, un salarié est licencié, soit pour des raisons personnelles soit pour *reasons of redundancy*. La réglementation sur les licenciements pour *reasons of redundancy* est plus clairement liée au débat de l'UE sur la flexicurité et la mondialisation, restructurant et changeant les conditions du marché du travail exigeant l'adaptabilité⁵³. La protection de l'emploi en Suède est marquée par une « dichotomie conceptuelle », et deux systèmes différents de protection de l'emploi s'appliquent, selon que le salarié est licencié pour des raisons personnelles ou pour *reasons of redundancy*. Ces systèmes proposent également des niveaux de protection plutôt différents. En cas de licenciement pour des raisons personnelles, l'exigence de *just cause* est stricte, le principe *ultima ratio* et l'obligation de l'employeur d'essayer d'éviter le licenciement en prenant d'abord des mesures moins radicales sont considérables. En revanche, en cas de licenciement pour *reasons of redundancy*, le dispositif de protection de l'emploi est plus souple et laisse plus de place aux prérogatives patronales.

Les raisons personnelles ou *reasons of redundancy* sont des concepts à caractère technique dans le domaine juridique. Ce sont des concepts exhaustifs en ce sens que le licenciement doit être classé comme fondé sur ce fameux *redundancy* (*littéralement redondance*) ou basée sur des raisons personnelles⁵⁴. Le *redundancy* – souvent également appelée *shortage of work*, soit littéralement pénurie de travail – est définie par rapport à des raisons personnelles. En effet, les motifs qui ne sont pas liés à la personne du travailleur sont considérés comme *redundancy*. Il s'agit donc d'un concept large, englobant différentes (et assez disparates) raisons d'ordre économique, d'affaires ou encore de raisons liées à l'organisation du travail. Sans présupposer de raisons financières particulières, ces *reasons of redundancy*

⁵³ En outre, la majorité absolue des licenciements effectués en Suède a un motif économique. Voir également flexicurité parcours 1, impliquant la refonte des règles de licenciement économique pour les contrats à durée indéterminée, visant la bureaucratie sur la longueur des procédures, améliorant la transparence des résultats et mettant en place d'un processus plus fiable, cf. COM (2007) 359 final.

⁵⁴ Toutefois, il n'est pas toujours aisé de faire une distinction nette entre *redundancy* et les raisons personnelles, en particulier lorsque seuls quelques salariés sont concernés par un licenciement, cf. par exemple, *Labour Court judgments AD 1993:61, AD 1994:122 et AD 1995:40*.

peuvent ainsi avoir trait à la fermeture d'une entreprise, l'embauche de main-d'œuvre, la réorganisation ou encore la restructuration des activités⁵⁵.

Conformément aux prérogatives patronales, l'employeur a le droit de déterminer la ligne de conduite de l'entreprise (et la manière de la suivre), ainsi que le nombre de salariés qu'il convient d'employer. Selon le législateur et les tribunaux, l'employeur est détenteur d'un droit unilatéral pour déterminer l'existence ou non d'une situation de *redundancy*. Le *Labour Court* suédois a, dans de nombreux cas d'espèces, clairement affirmé qu'elle n'était pas disposée ni compétente pour remettre en question, ou tenter de remettre en question, les considérations économiques et d'affaires de l'employeur⁵⁶. Celui-ci doit être en mesure, en vertu de la section 7 de l'*Employment Protection Act* de 1982, d'apporter la preuve qu'il existe une juste cause au licenciement concerné. Cependant, le *redundancy* constitue en soi une juste cause⁵⁷.

Par ailleurs, l'employeur a l'obligation de mener des négociations primaires avec le(s) syndicat(s) signataire(s) d'un accord collectif applicable dans l'entreprise, avant de prendre une décision génératrice de modifications importantes de ses activités – telles que les licenciements pour *reasons of redundancy*, en vertu de la section 11 du *Co-determination Act* de 1976 et de la section 29 de l'*Employment Protection Act* de 1982).

En outre, les règles légales en matière d'ancienneté impliquent que la priorité et la sélection des employés soient effectuées selon le principe du « dernier entré, premier sorti », c'est à dire en fonction de l'ancienneté de chaque employé au sein de l'entreprise ; et en cas de périodes de travail égales, la priorité est donnée au travailleur le plus âgé, selon la section 22 de l'*Employment Protection Act* de 1982. En principe, l'ordre des licenciements englobe tous les employés appartenant à la même unité de production et couverts par la même convention collective (unité de *redundancy*). Toutefois, les règles d'ancienneté sont « semi-contraignantes » ; de ce fait, l'employeur et le syndicat peuvent, à pratiquement tous les égards, s'écarter des dispositions légales quant à l'ordre des licenciements. La principale

⁵⁵ Cf. *Government Bill* 1981/82:71, p. 64, et, par exemple, *Labour Court judgments* AD 1984:26, AD 1985:79, AD 1993:101, AD 1994:122 et AD 2000:35.

⁵⁶ Cf. par exemple *Labour Court judgments* AD 1993:61 et AD 1993:101.

⁵⁷ Cf. par exemple, *Labour Court judgments* AD 1993:101 et AD 1995:152.

restriction est que l'ordre de licenciement décidé ne doit pas aller à l'encontre de ce que l'on a coutume d'appeler le *good labour market practice* (les bonnes pratiques du marché du travail) ; ce qui, en principe, signifie que cet ordre de licenciement ne doit pas être purement et simplement discriminatoire ou choquant⁵⁸.

Pour qu'un licenciement soit objectivement justifié, l'employeur doit préalablement avoir essayé de reclasser le travailleur au sein de son entreprise⁵⁹. Cette obligation de reclassement est limitée aux postes disponibles. Toutefois, dans la concurrence sur les postes disponibles, au sein de l'unité de *redundancy*, il peut être confié à un employé prioritaire un poste de travail jusqu'alors effectué par un collègue considéré comme moins prioritaire ; ce qui peut, conformément à la section 22 de l'*Employment Protection Act* de 1982 aboutir au licenciement de ce dernier⁶⁰.

Si le salarié est effectivement licencié, il dispose d'un droit de priorité au réemploi. Tout poste à pourvoir dans les neuf mois, à compter de la fin de son ancien contrat, devrait être proposé aux salariés licenciés pour *redundancy* (ainsi qu'à certains travailleurs à durée déterminée, en vertu de la section 3.1 de l'*Employment Protection Act* de 1982), à la condition que les employés soient suffisamment qualifiés et qu'ils aient été employés par l'employeur plus de douze mois au cours des trois dernières années. L'ordre des employés à qui un emploi sera accordé est décidé conformément au principe du « dernier entré, premier sorti ». Le dénominateur commun de ces règles juridiques en matière d'obligation de reclassement ou de priorité à

⁵⁸ Cf. Lunning et Toijer, 2006, p. 590 et également *Labour Court judgments AD 1983 :107, AD 1996:114 et AD 2002 :37*. En outre, en vertu de la section 22 sous-section 2 de l'*Employment Protection Act* de 1982, un patron d'une entreprise de moins de 10 salariés peut – avant que l'ordre des licenciements ne soit fixé – désigner au maximum deux salariés à épargner du respect des dispositions en matière d'ancienneté, du fait selon l'employeur de leur particulière importance pour les activités à venir. Cf. *Government Bill Prop. 1999/2000:144 et Labour Court judgment AD 2005:32*.

⁵⁹ Cf. la section 7, sous-section 2 de l'*Employment Protection Act* de 1982)

⁶⁰ Si, en vertu de la section 34 de l'*Employment Protection Act* de 1982, un licenciement dépourvu de juste cause peut être déclaré nul et non avenu, il est important de souligner que ce n'est toutefois pas le cas, suite à une violation des règles d'ancienneté. En outre, des dommages-intérêts dissuasifs peuvent être versés, conformément à la section 38 de l'*Employment Protection Act* de 1982.

l'embauche est le rôle primordial joué par les qualifications et « l'employabilité » du salarié⁶¹. En effet, c'est l'employeur lui-même qui, eu égard à ses prérogatives de direction, décide des qualifications nécessaires à l'exercice d'une fonction particulièrement ; et ce, de façon parallèlement identique, qu'il s'agisse d'un travailleur nouvellement recruté ou alors du réemploi d'un ancien salarié préalablement licencié ; ainsi, il ne peut en aucune façon exiger des qualifications qui diffèrent dans l'un ou l'autre cas, concernant le même poste. Le concept de qualification est pour sa part composé d'une série de facteurs, tels que les diplômes, l'expérience professionnelle, la formation pratique et les qualités personnelles⁶².

Enfin, quelques accords collectifs constituent un complément important de ce dispositif juridique de protection de l'emploi, soulignant l'employabilité des travailleurs. Il s'agit d'accords sur la sécurité de l'emploi et la transition professionnelle dénommés *Employment Security* ou *Transition Agreements* (*trygghets- or omställningsavtal* en suédois), conclus par les partenaires sociaux et couvrant une grande partie du marché du travail. Ces accords donnent aux travailleurs licenciés pour *reasons of redundancy* différents droits aux indemnités de départ, dédommagements et au soutien économique, ainsi qu'aux mesures d'accompagnement en matière de recherche d'emploi, de formation professionnelle, etc. Dans une étude juridique originale et empirique sur ces accords collectifs, Sebardt conclut que la plupart d'entre eux ont réorienté leurs efforts en faveur de l'employabilité de l'individu sur le marché du travail⁶³.

⁶¹ Cf. M. Rönmar, « Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 17, N° 1, 2001, pp. 117–138.

⁶² Cf. Government Bill Prop. 1973:129, p. 159 ; *Government Bill Prop.* 1981/82:71, p. 56, et *Labour Court judgments AD* 1993:104, *AD* 1993:197, *AD* 1995:59, *AD* 1996:42 et *AD* 2005:75.

⁶³ Ces accords couvrent quelques 50% des employés, voir Eurofound 2009, p. 21. Cf. *Government White Paper* SOU 2002:59 et G. Sebardt, *Redundancy and the Swedish Model. Swedish Collective Agreements on Employment Security in a National and International Context*, Iustus förlag, Uppsala 2005.

C – Débat sur les réformes législatives et évolution récente de la jurisprudence et de la négociation collective

Depuis les années 1970 et l'avènement du dispositif de protection de l'emploi, les questions en matière de contrat à durée déterminée et de règles d'ancienneté ont été maintes fois longuement débattues induisant notamment plusieurs réformes successives à leur sujet. Actuellement, le grand débat porte sur la nécessité d'une réforme des règles d'ancienneté ; laquelle réforme est préconisée par les organisations d'employeurs et certains partis politiques centristes et libéraux, dans le but, par exemple, de remplacer le principe du « dernier entré, premier sorti » en mettant l'accent sur les qualifications des salariés, ou d'introduire des exemptions/dispenses plus souples quant au respect des règles d'ancienneté pour les petites ou moyennes entreprises, ou encore, plus globalement et dans une large mesure, de déréglementer totalement le dispositif de protection de l'emploi . La position du Parti conservateur – leader du gouvernement actuel de Centre-droit (anciennement, soutien fréquent des réformes du droit du travail lors de la mode de la déréglementation) – est de préserver le « modèle suédois » et de maintenir le dispositif de protection de l'emploi actuel, notamment s'agissant des règles d'ancienneté⁶⁴.

Des différences incompatibles d'opinion concernant précisément les règles d'ancienneté et la réglementation de la grève – notamment le droit à une action de solidarité, suite à la jurisprudence controversée de l'CEJ dans *Laval and Viking*⁶⁵ – ont été les principales raisons de l'échec des négociations sur un nouvel accord de base historique, en remplacement du *Saltsjöbaden Agreement* de 1938 (portant notamment sur la grève), entre les organisations centrales du marché du travail en mars 2009. En effet, dans le sillage de la crise économique mondiale, des syndicats et des organisations

⁶⁴ Voir, par exemple, le programme du Parti conservateur sur le droit du travail pour les prochaines élections générales en septembre 2010, *Nya moderaterna, Trygga den svenska modellen*, 2010. Cf. également *The Swedish Reform Programme 2008–2010*, ne contenant pas de propositions de réformes de la réglementation sur le dispositif de protection de l'emploi.

⁶⁵ Cf. Affaire C-341/05 [2007] ECR I-11767 et Affaire C-438/05 [2007] ECR I-10779, et M. Rönmar, « Free movement of services vs national labour law and industrial relations systems: understanding the Laval case from a Swedish and Nordic perspective », in: C. Barnard (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 10, 2007–2008, Hart Publishing, Oxford, pp. 493-523.

d'employeurs au niveau national ont, au printemps 2009, conclu des accords collectifs – dits accords de crise – permettant aux entreprises et aux syndicats de conclure des accords collectifs locaux relatifs à la protection de l'emploi (et à la prévention des licenciements pour *reasons of redundancy*) en vue de faciliter la réduction des heures de travail ainsi que celle des salaires. Suite au premier accord de crise entre l'*Association of Swedish Engineering Industries* et *IF Metall*, à la fin de l'année 2009, environ 400 accords collectifs locaux ont été conclus dans ce secteur d'activités, englobant à la fois les ouvriers et les cadres. En général, ces accords de crise ont entraîné une réduction de 18% du temps de travail et une diminution des coûts de 13%. Ces accords sont peu orthodoxes par rapport aux traditionnelles priorités syndicales suédoises, lesquelles consistent à ne jamais accepter une baisse des salaires⁶⁶.

Une question importante au cours des négociations collectives qui se sont déroulées au printemps 2010 a été l'utilisation du travail intérimaire comme moyen de contournement de la réglementation sur la protection de l'emploi ; en particulier du droit de priorité à l'emploi dont bénéficient les travailleurs licenciés pour *reasons of redundancy*. En effet, il résulte de la jurisprudence controversée du *Labour Court* suédois⁶⁷ que l'employeur peut, suite au licenciement de travailleurs pour *redundancy*, faire usage du travail intérimaire ; et ce, y compris au cours de la période pendant laquelle ces anciens travailleurs bénéficient d'un droit de priorité à l'emploi. Cette priorité n'est dès lors pertinente que lorsque l'employeur embauche des employés, et non lorsqu'il a recours au travail intérimaire. À compter de cette négociation collective du printemps 2010, un renforcement de la priorité de réembauchage ainsi que des restrictions quant aux possibilités de recours par l'employeur au travail intérimaire, suite à des licenciements pour *reasons of redundancy*, ont été introduites ; notamment dans l'accord collectif conclu entre *IF Metall*, l'association suédoise des industries mécaniques et électriques (*Teknikföretagen*) et les organisations professionnelles des employeurs industriels (*Industriarbetsgivarna*)⁶⁸.

⁶⁶ Voir *Medlingsinstitutet* 2009, p. 118.

⁶⁷ Cf. *Labour Court AD* 2003:4 et *AD* 2007:72.

⁶⁸ Cf. E. Önerborg, « Så har parterna löst frågan om inhyrning », *Lag & Avtal*, N° 4, 2010, p. 24.

L'évolution récente de la jurisprudence – en particulier l'arrêt du *Labour Court*⁶⁹ relatif aux licenciements pour *redundancy* et au lien étroit entre les règles d'ancienneté et l'obligation de reclassement de l'employeur – met en lumière le profond respect pour les prérogatives patronales inhérentes au dispositif de protection de l'emploi. Les employeurs disposent de larges possibilités de réorganisation et de planification de transferts, de licenciements pour *reasons of redundancy* ou pour d'autres motifs ; ce qui, en pratique, sous l'angle de vue du travailleur, exclue l'application des règles d'ancienneté et le principe du « dernier entré, premier sorti »⁷⁰.

Remarques conclusives

L'esprit du droit de l'Union Européenne en matière de flexicurité concerne à la fois la politique européenne de l'emploi et le droit du travail tant au niveau européen que national. L'intégration des principes communs de flexicurité dans la « Stratégie européenne pour l'emploi », la « Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi » et la « Stratégie Europe 2020 » est l'une de ses expressions récentes la plus claire. Les dispositions contractuelles flexibles et sécurisées sont au cœur du droit du travail, et visent la réduction de la segmentation du marché du travail, l'égalité de traitement des travailleurs permanents et des travailleurs flexibles, un nouvel équilibre entre flexibilité numérique et fonctionnelle, la déréglementation de la protection de l'emploi, l'employabilité progressive – toutes les réalités reflétées dans la réglementation du travail flexible et la protection de l'emploi en Suède.

En ce qui concerne l'équilibre entre la flexibilité numérique et fonctionnelle, la première – utilisée pour parvenir à une plus grande souplesse du nombre de travailleurs engagés – est souvent centrale dans les débats sur la flexibilité du marché du travail. Par conséquent, l'attention est dirigée vers la réglementation du travail flexible et la protection de l'emploi. La flexibilité fonctionnelle quant à elle, est étroitement liée à l'employabilité. Des études antérieures ont montré que le droit du travail suédois et le système de relations professionnelles offrent une portée assez large à la

⁶⁹ *Labour Court AD* 2009:50.

⁷⁰ Cf. A. Numhauser-Henning and M. Rönmar, « Det flexibla svenska anställningsskyddet », *Juridisk Tidskrift* (à paraître).

flexibilité fonctionnelle et des conditions favorables à la mise en œuvre de ses stratégies. Cela est dû non seulement à l'étendue du devoir d'exécution des obligations contractuelles auquel est soumis le travailleur, mais également aux droits de l'employeur (notamment pouvoirs réglementaire, de direction, de réaliser des transferts...) ainsi qu'à un système de relations professionnelles fondé sur le collectivisme, le partenariat social et les mécanismes d'information, de consultation et de co-détermination⁷¹.

Le rôle des partenaires sociaux et l'importance de souplesse des procédures – par le biais du dialogue social européen⁷², la négociation collective à différents niveaux et l'information, la consultation et la négociation avec les représentants des travailleurs – sont au centre de la position de l'Union Européenne sur la flexicurité⁷³. Le caractère « semi-contraignant » de l'*Employment Protection Act* de 1982 (comme de la plupart des autres textes législatifs du droit du travail) et la portée de la négociation collective en matière de travail à durée déterminée, de travail intérimaire et de protection de l'emploi – tels que les règles d'ancienneté, les *Transitions Agreements* (accords de transition professionnelle) et les accords de crise récents – sont tous, sans exception, l'expression de l'importante flexibilité des procédures inhérentes à la législation suédoise du travail et du système de relations professionnelles.

La réglementation suédoise sur le travail à durée déterminée – en tenant compte, à la fois, de la réforme de 2007 de l'*Employment Protection Act* de 1982 et du *Prohibition of Discrimination of Employees Working Part-Time and Employees with Fixed-Term Employment Act* de 2002 – est en parfaite conformité avec le droit de l'Union Européenne en matière de flexicurité. En effet, les contrats de travail à durée déterminée de courte durée sont normalisés et les employeurs obtiennent l'augmentation de la flexibilité numérique par le biais du travail à durée déterminée générale et de l'emploi de remplacement temporaire. Les travailleurs acquièrent de la sécurité grâce à l'allongement de la durée maximale des contrats à durée déterminée

⁷¹ Cf. M. Rönmar, « The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility », *op. cit.*

⁷² Cf. notamment les Directives sur le travail à durée déterminée et le travail à temps partiel.

⁷³ Cf. COM(2007) 359 final et *European social partners, Key Challenges Facing European Labour Markets: A Joint Analysis of European Social Partners*, Octobre 2007.

successifs ainsi que par la conversion de ces contrats de travail à durée déterminée en emploi permanent⁷⁴. De plus, s'ajoutent à ces dispositions une accumulation progressive de droits et de protection de l'emploi sous forme d'information, de consultation et de droits de priorité à un nouvel emploi.

En outre, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination vis-à-vis des travailleurs flexibles – à temps partiel, à durée déterminée, et intérimaires – présentent une différence fondamentale en matière de réglementation traditionnelle de non-discrimination. Ici, l'égalité de traitement ne repose pas sur les caractéristiques personnelles du travailleur (comme le sexe, la race, l'âge ou l'orientation sexuelle) et ne sont pas non plus en lien avec les droits de l'homme, mais ils sont plutôt basés sur le contrat de travail, sa forme et son contenu, et liés à la flexicurité, la politique de l'emploi et la mondialisation.

Le travail intérimaire se rattache de façon différente et intéressante à la politique de l'Union Européenne en matière de flexicurité. Pour l'entreprise utilisatrice, le travail intérimaire représente à la fois la flexibilité numérique (possibilité d'un ajustement souple du nombre de travailleurs) et la flexibilité fonctionnelle (possibilité d'embaucher des travailleurs possédant des savoir-faire particuliers et des compétences). Pour le salarié, le travail intérimaire – en particulier en Suède, où le travail intérimaire est intégré au système de relations professionnelles et aux principes de base des contrats à durée indéterminée ; l'assurance des salaires et l'égalité de traitement en matière de rémunération ayant évolué à travers le système de négociation collective autonome – ne représente pas uniquement la flexibilité numérique et le travail flexible, mais également la sécurité.

Le dispositif de protection de l'emploi suédois est traditionnellement considéré comme solide. Toutefois, en ce qui concerne le travail à durée déterminée et les licenciements pour *reasons of redundancy*, le cadre

⁷⁴ Toutefois, il existe un possible effet secondaire en limitant la durée maximale des contrats successifs à durée déterminée, en particulier lorsqu'ils sont combinés au droit de priorité de réembauchage en cas de licenciement. Le risque est qu'aucune proposition d'emploi ne soit faite aux travailleurs lorsque la limite de temps (12 et 24 mois, respectivement) pour le droit de priorité au réembauchage et à la conversion de l'emploi à durée déterminée en emploi permanent est proche. Des règles antérieures de même nature se sont révélées avoir des effets similaires dans certains secteurs, comme celui des médias.

législatif de protection de l'emploi (accompagnant la négociation collective) laisse une grande place aux prérogatives de direction, à la possibilité d'un ajustement souple du nombre de travailleurs et à la flexibilité numérique. Il n'y a eu aucune réforme juridique récente sur la protection de l'emploi visant à une déréglementation ou une refonte de celle-ci dans les contrats à durée indéterminée, même si le débat sur les règles d'ancienneté a été intense. Toutefois, les récents développements issus des négociations collectives et de la jurisprudence reflètent la politique de flexicurité de l'Union Européenne. Ainsi, qu'il s'agisse du droit de l'Union Européenne en matière de flexicurité ou du droit du travail suédois, le développement de stratégies en faveur de l'apprentissage, de la formation continue et de l'éducation, mais également pour les droits individuels s'avèrent particulièrement importantes à l'avenir.