

REVUE de

DROIT du TRAVAIL

mensuel - n° 5 - mai 2015

**DROITS D'ICI,
DROITS D'AILLEURS**→ La réforme du marché
de travail espagnol et les juges*Par Eduardo Martín Puebla***CHRONIQUES**

→ Contrats

La délicate question du pouvoir de licen-
cier dans les associations*Sébastien Tournaux*

→ Conditions de travail

Conditions d'utilisation des jours de RTT
et des jours de repos de remplacement
pour heures supplémentaires placés
dans un compte épargne-temps*Marc Véricel*→ Contentieux, procédure
et juridictionsRépartition du contentieux et indemni-
sation du dommage corporel du salarié
consécutif à un accident du travail*Joseph Morin***CO**
CONTROVERSE→ Le *Jobs Act* italien : quelles
inspirations ?*Pietro Ichino et Federico Martelloni***EI**
ÉTUDES

→ De la neutralité des lieux de travail

Isabelle Desbarats→ Le contrôle des plans de départs
volontaires par le juge administratif*Florian Roussel*



CONTROVERSE

299

Sous la responsabilité de Cyril Wolmark, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense
et Tatiana Sachs, Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

Le *Jobs Act* italien : quelles inspirations ?

Après le Danemark et l'Allemagne, un nouveau pays suscite le plus grand intérêt des insatiables partisans de la réforme : l'Italie. Le droit du travail y connaît une mue, initiée par le gouvernement Renzi. Les textes se succèdent. Les uns réforment la protection contre le licenciement, d'autres libéralisent le recours aux contrats à durée déterminée. D'autres, encore modifient la réglementation du travail économiquement dépendant (parasubordination). Enfin, c'est la prise en charge des chômeurs qui se trouve améliorée. À la protection dans le travail se substitue une protection par et sur le marché du travail : telle est l'orientation suivie, qu'analysent Pietro Ichino, Professeur à l'Université de Milan, et Federico Martelloni, Professeur à l'Université de Bologne. Si les deux auteurs se rejoignent dans leur analyse des inspirations de la réforme, leur évaluation de cette dernière, notamment de son efficacité économique et sociale, diverge. Une divergence qui doit nourrir la réflexion de ceux qui voudraient voir dans les métamorphoses du droit italien une source d'inspiration pour les évolutions à venir du droit français.

CO
CONTROVERSE

Le *Jobs Act* : de nouvelles normes, mais aussi une nouvelle culture du marché de l'emploi

Pietro Ichino, Professeur à l'Université de Milan

I. - L'importance et le sens de ce tournant

Le 7 mars dernier, le droit du travail italien a pris un tournant remarquable, probablement plus marqué que celui réalisé fin mai 1970 avec l'entrée en vigueur du Statut des travailleurs. En effet, l'adoption de cette loi, voulue et brandie comme étendard par le Centre-gauche, marqua à l'époque une étape certes décisive mais qui s'inscrivait dans une direction déjà prise depuis longtemps, avec les lois de protection du travail des années 1960 : interdiction du travail en sous-traitance en 1960, règles régissant le contrat à durée déterminée en 1962, protection de la travailleuse lors du mariage en 1963, dédommagement en cas de licenciement injustifié en 1966, caisse de chômage extraordinaire et allocation spéciale de chômage en 1968, première réforme des retraites en 1969. Direction encore suivie durant les trente années dites de « garantie flexible », avec quelques fléchissements et assouplissements des protections du travailleur instaurées au cours de la décennie d'or des années 1960-1970, parmi lesquels on peut compter la modification partielle de l'arti-

cle 18 découlant de la loi Fornero de 2012, mais également avec quelques renforcements du système de protection, comme ceux introduits en matière de licenciement individuel en 1990, de licenciements collectifs en 1991, de temps partiel en 2000, de congés parentaux en 2001. En revanche, avec l'entrée en vigueur des deux premiers décrets d'application de la loi de délégation n° 183/2014 le 7 mars dernier, le droit du travail italien change de paradigme de base : il remplace la *property rule* qui a constitué jusqu'alors la pierre angulaire du système – la réintégration dans le poste de travail – par une *liability rule*, c'est-à-dire une règle qui limite la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur à une indemnité alignée sur les standards qui prévalent en Europe. Cette réforme marque également, sans équivoque possible, l'intention de procurer à l'entrepreneur une sécurité quant au coût de la rupture qui se trouve ainsi prédéterminé. On passe d'un système de sanction qui semblait conçu pour dissuader fortement l'employeur de révoquer de manière unilatérale le contrat de travail, dont le coût très élevé (je rappelle, pour les lecteurs français, que le coût pour l'entreprise d'un procès perdu en matière de licenciement, au cours des décennies passées, en application de l'article 18, pouvait s'élever à l'équivalent de plusieurs années de rémunération de la personne licenciée) était empreint d'une forte incertitude à un système de sanction dont la *ratio* fondamentale est de garantir, autant que faire se peut, la prévisibilité et la limitation du coût du licenciement, quand celui-ci se réfère à des événements qui modifient le contrat, comme l'ajustement du personnel, la transformation technologique, le changement d'organisation, l'exercice d'un pouvoir disciplinaire.

« On passe d'un système de sanction qui semblait conçu pour dissuader fortement l'employeur de révoquer de manière unilatérale le contrat de travail, dont le coût très élevé était empreint d'une forte incertitude à un système de sanction dont la *ratio* fondamentale est de garantir, autant que faire se peut, la prévisibilité et la limitation du coût du licenciement »

II. - Le nouveau cadre applicable aux licenciements

La nouvelle norme a fixé le montant de l'indemnité que le juge peut octroyer à deux mensualités de la dernière rémunération par année d'ancienneté dans l'entreprise, avec un minimum de quatre mois et un maximum de vingt-quatre mois. Le même décret n° 23/2015 indique aux différentes parties la possibilité d'une conciliation standard, qui permettrait d'éviter le jugement en prévoyant le paiement immédiat d'une indemnité équivalente à une mensualité par année d'ancienneté, avec un minimum de deux mois et un maximum de dix-huit mois. Cette solution est fortement encouragée, cette indemnité étant exonérée d'impôt sur le revenu.

La sanction prévoyant la réintégration dans le poste de travail, que garantissait l'article 18 du Statut des travailleurs, se trouve maintenant limitée aux seuls cas de nullité du licenciement expressément prévus par la loi : discrimination interdite, repréailles antisyndicales, protection de la travailleuse lors du mariage ou de la maternité. La réintégration est de plus prévue dans le cas où, à la suite d'un licenciement disciplinaire, il est directement prouvé que le fait contesté n'a jamais eu lieu. Précisons que la même norme exclut expressément que la réintégration puisse être demandée dans le cas où le juge considérerait le licenciement disproportionné par rapport à la faute, quand bien même celle-ci existerait effectivement en tant que fait matériel. Très contestée sur le plan de sa constitutionnalité, cette disposition trouve sa raison d'être dans la logique d'ensemble du nouvel édifice : la réintégration n'y constitue plus l'instrument principal de protection du travailleur, dont la sécurité économique et professionnelle est dorénavant garantie principalement par l'aide sur le marché de l'emploi et non plus par la rigidification de son contrat de travail ; la réintégration constitue en revanche une sanction qui frappe l'entrepreneur dans tous les cas où ce dernier *abuse* de son pouvoir de licenciement pour un travailleur donné (l'on entend par abus quelque chose de bien différent de l'insuffisance de justification d'un choix de gestion de l'entreprise, quand celui-ci se fonde sur des motifs en soi légitimes).

III. - Le dépassement de la dualité entre travailleurs protégés et travailleurs non protégés

On a parlé à ce propos d'un retour du droit du travail aux années 1950 ou même au XIX^e siècle. Mais on pourrait plutôt voir un retour au XIX^e siècle dans l'utilisation diffuse du contrat

de collaboration autonome sans aucune protection, ou d'autres types de contrats empruntés du droit civil, devenus la norme depuis la fin des années 1970 afin de contourner le droit du travail. Ce retour au XIX^e siècle s'observerait plutôt dans le recours aux contrats à durée déterminée qui représentent les deux tiers du flux général des nouvelles embauches régulières. Cette importance des contrats à durée déterminée a marqué le fonctionnement du marché du travail italien au cours des vingt dernières années. À cet égard, l'entrée en vigueur des deux premiers décrets d'application de la loi de délégation n° 183/2014 initie un double mouvement. Le premier est la relance de l'embauche à durée indéterminée comme forme normale d'embauche, favorisée sur le plan réglementaire et fortement encouragée sur le plan fiscal. Le second réside dans le déplacement de l'attention du législateur de la protection des travailleurs dans l'entreprise à leur protection sur le marché, dès lors que ceux-ci, suite à la perte involontaire et sans faute de leur ancien poste de travail, doivent en chercher un autre.

IV. - La protection du travailleur sur le marché, et non pas contre le marché

Le nouvel édifice n'offre plus une protection *contre* le marché du travail mais une protection *sur* le marché du travail : avec un système d'aide universelle au revenu, alignée sur les meilleurs standards européens, et avec une organisation profondément renouvelée des services pour l'emploi.

Le nouveau système d'aide universelle au revenu, maintenant étendu à tous les chômeurs qui avaient une position de dépendance substantielle par rapport à l'entreprise pour laquelle ils travaillaient, est constitué d'un système d'assurance qui couvre jusqu'à vingt-quatre mois de chômage avec une allocation équivalente à 75 % de leur rémunération pendant les trois premiers mois, diminuée au-delà de cette période de 3 % chaque mois. Ce système d'assurance est intégré à un système d'allocation de revenu minimum d'insertion pour le financement duquel on prévoit l'abandon de toutes les formes d'aide impropres qui étaient jusque-là en place : de la Caisse d'intégration utilisée pour couvrir des situations de chômage aux pensions d'invalidité utilisées en remplacement de l'allocation chômage, en passant par les travailleurs dits « socialement utiles », mais qui ne travaillent point, de Naples et de Palerme.

Quant au nouveau système des services pour l'emploi, le choix substantiel fait par le législateur s'oriente vers une forte intégration entre le système des Centres pour l'emploi publics et les agences spécialisées privées, selon le modèle expérimenté avec succès aux Pays-Bas. Le schéma de cette complémentarité se résume dans la nouvelle forme du *contrat de réinsertion*, stipulé par l'intéressé avec l'opérateur spécialisé qu'il choisit lui-même parmi les opérateurs accrédités.

V. - Le contrat de réinsertion, instrument visant à réduire les périodes de chômage

L'objet du contrat de réinsertion est double. D'une part, est fixé le service d'aide intensive à la recherche d'un nouvel emploi, rétribué par un chèque proportionnel à la difficulté de la réinsertion et payable sur obtention du résultat ; d'autre part, est déterminée l'implication de la personne assistée qui doit participer activement à toutes les activités indiquées par le tuteur chargé de son accompagnement par l'agence, et jugées nécessaires pour un retour à l'emploi plus rapide et meilleur. Le refus injustifié, de la part de l'intéressé, de participer à ces activités ou d'un possible emploi sera signalé par l'agence au Centre pour l'emploi, avec comme conséquence – si le refus est considéré injustifié – l'interruption de l'allocation chômage. Cela permettra, en plus de la réduction des temps de chômage, d'assujettir l'aide au revenu à un régime équitable de « conditionnalité » : car si l'agence montre un excès de sévérité par rapport aux personnes prises en charge, les chômeurs ne la choisiront plus ; si, toutefois, elle montre un excès en sens contraire, elle n'arrivera pas à réinsérer les personnes qui la choisissent et ne sera donc pas rémunérée.

Le bon fonctionnement du marché du travail a également besoin de ces formes de quasi-marché dans l'exécution de la fonction publique d'aide intensive à ceux qui cherchent un nouvel emploi.

VI. - Les principaux problèmes de constitutionnalité...

a. - ... relatifs à la différence de traitement entre les anciens et les nouveaux contrats

Le cheval de bataille de l'opposition de gauche à cette réforme consiste à dénoncer son inconstitutionnalité du fait de la différence de traitement qui s'instaure entre les anciens contrats de travail et les nouveaux, suite aux nouvelles règles régissant les licenciements. Ceux qui soulèvent cette objection ne semblent pas s'interroger sur l'opportunité de dénoncer sur le plan constitutionnel la situation d'exclusion du contrat à durée indéterminée à laquelle sont condamnés, dans l'ancien système, cinq sixièmes des nouveaux embauchés. C'est précisément à cette situation que cette réforme entend mettre fin. Or, s'agissant de certaines interventions législatives qui ont modifié les règles régissant les contrats à durée indéterminée, la Cour constitutionnelle avait de fait admis aussi bien celles qui s'appliquent seulement aux contrats formés postérieurement à leur entrée en vigueur, que celles qui ont une application rétroactive. Dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle posait toutefois des limites raisonnables car ces règles modifient d'autorité des équilibres contractuels déjà constitués.

En effet, dans le cas de la présente réforme du travail, le choix d'exclure de l'application des nouvelles règles les anciens contrats est sans aucun doute raisonnable. Un retrait de la protection conférée par l'article 18 du Statut des travailleurs pour tous les contrats de travail aurait pu entraîner une vague de licenciements. Dès le lendemain de ce retrait, les salariés, dont le contrat est maintenu en raison de la protection conférée par l'article 18 – ce, alors même que ces contrats représentent une perte financière plus ou moins importante pour l'entreprise –, auraient pu se voir licenciés. Le système n'aurait pas été à même de faire face à cette intensification soudaine des licenciements, aussi bien sur le plan économique, avec l'augmentation correspondante des dépenses d'allocations chômage que sur le plan opérationnel, avec les nouveaux instruments de service sur le marché du travail prévus par la réforme, en particulier le contrat de réinsertion qui suppose la coopération entre le service public et les agences spécialisées. Ce nouveau système a besoin d'une période de mise en route, laquelle requiert une augmentation progressive de la demande des nouveaux services au cours des deux ou trois premières années.

Cette intensification des licenciements aurait eu également pour effet de déclencher une alarme sociale diffuse, suscitant de manière prévisible des pressions sur le gouvernement et le Parlement en vue de la suspension de l'application des nouvelles règles. Et ceci – engendrant une certaine incertitude par rapport à la stabilité du cadre législatif – aurait risqué de neutraliser l'effet positif de la réforme sur la propension des entreprises à investir et à embaucher à durée indéterminée.

b. - ... relatifs à la fin de la réintégration dans le poste de travail et à la limitation de l'indemnité judiciaire

Venons-en maintenant à la question politique et juridique qui se trouve au cœur de la réforme : celle qui concerne le passage d'un régime dans lequel le licenciement est considéré comme une véritable « peine de mort », ou du moins un fait pathologique en soi, acceptable seulement comme *extrema ratio* dans des situations extrêmes, au régime dans lequel il est considéré comme un événement physiologique normal de la vie de l'entreprise, utile en vue d'une meilleure répartition des ressources humaines dans le système de production, et, par conséquent, de l'amélioration de la productivité du travail et de sa rémunération.

L'argument des opposants à ce choix peut être résumé ainsi : si le juge considère que l'employeur a accompli un acte contraire au droit, pourquoi empêche-t-on le juge lui-même de sanctionner le comportement illicite par une condamnation à l'indemnisation intégrale du dommage causé qui peut être bien plus importante, concrètement, que l'indemnité prévue aujourd'hui par la nouvelle norme ?

Cette interrogation suggère un premier élément de réponse : il est de fait impossible de quantifier le dommage causé de manière concrète, au cas par cas, à une personne licenciée. La disponibilité effective de la personne pour un nouvel emploi et, surtout, l'activisme dont elle fait preuve dans la recherche d'un emploi sont impossibles à vérifier. Inversement, la prédétermination de l'indemnité par la loi, en tenant compte également de l'atténuation du dommage grâce à la nouvelle allocation chômage, présente le grand avantage d'éviter

que la perspective d'un dédommagement plus important constitue un frein pour le travailleur ayant intérêt à se mettre immédiatement, activement et efficacement à la recherche d'un nouvel emploi.

VII. - La technique du coût prédéterminé de séparation comme « filtre automatique » des choix des entreprises en cette matière

Mieux, la réplique la plus décisive à l'argument des opposants à la réforme, et qui touche au cœur de la *ratio* de la nouvelle norme concernant la sanction contre le licenciement considéré injustifié

« Le nouveau cadre du droit du travail italien prend donc en compte de manière substantielle l'impossibilité pour l'entrepreneur de démontrer – sauf cas de grave crise avérée de l'entreprise – de manière précise, au cours d'un procès, le motif économique et organisationnel du licenciement. Pour cette raison, il adopte comme filtre des choix de l'entrepreneur un « coût de séparation standard », auquel l'entrepreneur doit s'attendre comme conséquence de l'impossibilité d'un accord avec le salarié en relation avec la cessation du contrat. »

économistes Olivier Blanchard et Jean Tirole.

par le juge, réside dans la constatation des limites de la possibilité même d'un contrôle judiciaire sur le motif réel du licenciement du licenciement.

En y regardant bien, le motif du licenciement – même celui fondé sur la contestation d'un manquement du travailleur – est toujours constitué par la prévision d'une perte qui dériverait de la poursuite du contrat, en termes de coût économique ou en termes de coût-opportunité. Ce faisant, la décision de licencier est toujours liée à un événement futur. Et un événement futur ne peut être prouvé lors d'un procès, ni au moyen de documents ni au moyen de témoins : il peut seulement faire l'objet d'une évaluation pour laquelle le juge ne peut disposer, le plus souvent, ni des données ni de la compétence technique nécessaires.

Le nouveau cadre du droit du travail italien prend donc en compte de manière substantielle l'impossibilité pour l'entrepreneur de démontrer – sauf cas de grave crise avérée de l'entreprise – de manière précise, au cours d'un procès, le motif économique et organisationnel du licenciement. Pour cette raison, il adopte comme filtre des choix de l'entrepreneur un « coût de séparation standard », auquel l'entrepreneur doit s'attendre comme conséquence de l'impossibilité d'un accord avec le salarié en relation avec la cessation du contrat.

Nombreux seront ceux qui pourront donc voir la correspondance entre cette *ratio* de la nouvelle loi italienne et les raisons qui étaient à la base du projet de réforme des licenciements présenté en 2003 au gouvernement français par les