Sous la direction de

Alain Supiot

AU-DELÀ DE L'EMPLOI

Le rapport Supiot

NOUVELLE ÉDITION 2016

Flammarion

Sous la direction de
Alain Supiot

avec
María Emilia CASAS, Jean De MUNCK, Peter HANAU,
Anders JOHANSSON, Pamela MEADOWS, Enzo MINGIONE,
Robert SALAIS, Paul VAN DER HEIJDEN

AU-DELÀ DE L'EMPLOI

Nouvelle édition augmentée de

Les voies d'une vraie réforme du droit du travail

Flammarion

2016 [1999]

TABLE

Introduction
Chapitre I - Travail et pouvoir privé
Chapitre II - Travail et statut professionnel
Chapitre III - Travail et temps
Chapitre IV - Travail et organisation collective
Chapitre V - Travail et pouvoirs publics : le rôle des États
Chapitre VI - Transformations du travail, travail des femmes et futur du droit du travail
Chapitre VII - Droit du travail et performance économique
Synthèse du rapport
Notes

Flammarion

Présentation de l'éditeur

Quel avenir pour le droit du travail dans une économie et une société en profonde mutation ? En 1999, Alain Supiot avait présidé à la rédaction d'un rapport commandité par la Commission européenne sur « les transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe ». À partir d'une analyse comparative des évolutions sociologique, économique, juridique et managériale de l'organisation du travail dans les pays-membres, ce rapport a avancé quelques propositions fortes pour le renouveau de ce qu'on appelait alors le modèle social européen. Traduit en plusieurs langues, c'est devenu au fil des années un « classique », qui a contribué au renouvellement des débats sur la crise de l'emploi, et auquel se réfèrent encore des responsables et des analystes de tous bords.
Alain Supiot nous propose une lecture actualisée de ce rapport, qui trace les voies d'une véritable réforme du droit du travail. Depuis le tournant du siècle, le passage à l'euro, l'élargissement de l'Union européenne, la financiarisation de l'économie, la crise de 2008... ont conduit à l'abandon de toute ambition sociale et à la réduction du droit du travail à un facteur d'ajustement aux contraintes de la globalisation. À rebours de ce renoncement, ce livre tient compte de la place centrale que le travail – dans la diversité et l'actualité de ses formes – occupe dans l'institution de l'homme et de la société, et aide à penser un projet politique porteur de plus de justice sociale.

Alain Supiot est professeur au Collège de France, dont il occupe la chaire « État social et mondialisation ». Il a publié récemment La Solidarité. Enquête sur un principe juridique (Odile Jacob, 2015), L'Entreprise dans un monde sans frontières (Dalloz, 2015) et La Gouvernance par les nombres (Fayard, 2015).

Avec Maria Emilia Casas, Jean De Munck, Peter Hanau, Anders Johansson, Pamela Meadows, Enzo Mingione, Robert Salais, Paul van der Heijden

INTRODUCTION

La tâche très ambitieuse qui a été assignée à notre groupe d'experts consiste à « réfléchir de manière prospective et constructive au niveau communautaire et dans un cadre interculturel et interdisciplinaire sur l'avenir du travail et du droit du travail, en vue de la tenue d'une conférence et la réalisation d'un rapport sur ce thème[1] ». L'objectif est donc de nature juridique – tenter de définir le devenir des catégories fondatrices du droit du travail dans les pays européens –, mais il ne peut être atteint qu'à partir d'une analyse *transdisciplinaire* des changements que révèle la pratique des relations de travail. De plus, cette analyse doit avoir une dimension *comparative* et tenir compte de la diversité des expériences nationales concernant notre sujet. Enfin, l'objet de cette analyse n'est pas l'état présent du droit du travail, mais sa dynamique historique, ce qui implique une approche *diachronique*, et non pas synchronique des questions étudiées.

Il y a là une triple difficulté dont il convient de prendre d'entrée de jeu l'exacte mesure.

Difficultés d'abord de l'approche transnationale. La construction européenne a mis en effervescence la recherche comparative dans le domaine social depuis une quinzaine d'années. Cette expérience a permis de prendre la mesure de l'extrême difficulté de ces rapprochements. À l'analyse, les catégories qui nous paraissent communes se révèlent quasiment toutes divergentes. On n'en donnera ici qu'un exemple : presque quarante ans après sa fondation, la Communauté européenne n'est pas encore parvenue à s'entendre sur une définition unique de la notion de travailleur salarié ! Face à cette diversité, il faut se garder d'un double écueil. Le premier serait de surestimer ces divergences et de cultiver l'idée qu'une sorte de fatalité nationale interdit de penser en termes communautaires la question du travail aujourd'hui. Le second écueil serait

au contraire de sous-estimer ces divergences et de ne voir dans les cultures nationales qu'un trait archaïque appelé à être balayé par la « globalisation » de l'économie. Or, la globalisation n'est que l'une des faces de l'ouverture internationale des marchés qui a aussi des effets de reterritorialisation déjà bien repérés en économie.

Une autre difficulté de l'approche transnationale a résulté du fait que le groupe d'experts ne comprenait de ressortissants que de huit des quinze États membres de l'Union. Au demeurant, y en aurait-il eu quinze que, dans la démarche prospective qui était la nôtre, l'expertise aurait continué de faire défaut sur le nombre (indéterminé) de pays qui rejoindront l'Union européenne dans les vingt années qui viennent. Le groupe s'est efforcé, autant que faire se pouvait, de prendre en compte la situation des pays non « représentés » en son sein. Mais il ne pouvait sérieusement prétendre le faire de manière systématique et approfondie. Cela explique que le rapport soit principalement fondé sur les analyses et les informations communiquées par les membres du groupe sur leur situation nationale. Le souhait des membres du groupe d'experts est donc que le débat ouvert par leur rapport permette une meilleure prise en compte des spécificités nationales qui ont pu leur échapper.

Difficultés ensuite de l'approche transdisciplinaire. Les catégories juridiques sur lesquelles nous avons été invités à réfléchir tout à la fois impriment et expriment un état de la société, dans ses différentes dimensions : sociologique, économique, politique, culturelle, etc. Il n'est donc pas possible de réfléchir à l'évolution de ces catégories sans les rapporter à l'évolution des pratiques. D'où la nécessité d'un dialogue entre juristes et sciences sociales. Mais, pour être fécond, ce dialogue doit lui aussi se garder de deux écueils. Le premier serait celui de l'*instrumentalisation* du droit. Concevoir le droit comme un simple instrument au service d'une rationalité socio-économique est une idée largement reçue dans les esprits et aussi dans les pratiques politiques. Les déboires des politiques de l'emploi, qui ont usé et abusé d'une telle instrumentalisation, sont là pour montrer à quelles impasses elle conduit. Mais le second écueil serait à l'inverse celui de l'*autoréférence*, qui consiste à concevoir le droit comme un système de normes fermé sur lui-même, n'ayant rien à apprendre au monde des faits, et rien à apprendre de lui. Une telle approche interdit de comprendre aussi bien les changements du droit que ceux de la société. Pour se garder de ces deux écueils, il faut donc bien par conséquent admettre que le droit, dans le même temps, imprime et exprime les rapports sociaux, et qu'il peut être aussi bien en retard qu'en avance sur les faits. Mais demeure de toute manière le risque

de l'abstraction, de la méconnaissance de la diversité extrême des phénomènes étudiés. Les catégories issues du droit du travail lui-même (celles de travailleur ou de chômeur par exemple), telles qu'elles sont largement reprises et véhiculées par les sciences sociales et leur appareil statistique, participent de l'occultation de la diversité des expériences du travail (ou du chômage) concret.

Difficultés enfin de l'approche diachronique. Une telle approche vise à démonter les ressorts du changement pour essayer d'en comprendre le cours. Or, ici encore, il faut naviguer entre deux écueils. Le premier est celui d'une surestimation des transformations sur lesquelles nous sommes invités à concentrer notre attention. Dans un monde qui bouge, la tentation est grande de prendre la partie en mouvement pour le tout et de méconnaître les forces de conservation du système social. De même que l'installation d'un chômage de grande ampleur ne signifie pas la « fin du travail » pour la société tout entière, de même l'essor de nouvelles formes de travail (par exemple le télétravail) ne signifie pas nécessairement la disparition des formes anciennes. Ce qui est vrai en revanche, c'est que le chômage ou les nouvelles formes d'emploi ne sont pas des épiphénomènes marginaux, mais remettent en question des mécanismes centraux du fonctionnement de nos sociétés. Le second écueil serait de sous-estimer l'importance de ces changements et de s'en tenir aux cadres de pensée hérités du modèle industriel, au motif qu'ils continuent de dominer le droit du travail et de rendre compte de la situation d'un très grand nombre de travailleurs dans le monde. Les pratiques du travail en effet ont toujours été diverses, et le modèle industriel jamais universel. De ce point de vue, l'évolution des catégories juridiques peut se comparer à celles de l'ébénisterie. Les ébénistes de l'ancien temps n'ont pas tous, du jour de la mort de Louis XV, cessé de fabriquer des armoires ou des chaises de style Louis XV pour embrasser le style Louis XVI ; mais l'histoire montre cependant, sur le moyen terme, un changement de ce qui a fait référence en matière d'ébénisterie. De même notre problème a été, et demeure, de saisir si – et jusqu'à quel point – il y a aujourd'hui changement de référence dans la manière de concevoir la relation de travail.

Face à de telles difficultés, un collège d'experts ne peut qu'être incité à la plus grande prudence, à la fois dans les ambitions et dans les résultats de son travail.

Prudence dans ses ambitions, car ce ne sont certainement pas les universitaires qui apporteront des réponses aux immenses problèmes que soulèvent les transformations du travail dans le monde d'aujourd'hui. C'est

la pratique qui se charge de les faire émerger ; c'est l'action et l'imagination de ceux qui, à quelque niveau qu'ils se trouvent, œuvrent à faire le monde tel qu'il est. Le mieux que puissent faire des « chercheurs » est d'aider à la formulation de ces problèmes et au repérage des embûches qui parsèment les diverses voies possibles du changement.

Prudence aussi dans l'énonciation des résultats, car les meilleurs experts des relations de travail sont les parties à ces relations : les travailleurs, les employeurs et leurs organisations. Si scrupuleux soit-il, le travail du chercheur consiste nécessairement à abstraire de la diversité des expériences singulières des synthèses toujours contestables et toujours perfectibles.

Notre connaissance des transformations du travail à l'échelle européenne est donc nécessairement très imparfaite, et le mieux que nous ayons pu faire pour participer à une approche rationnelle des transformations du droit du travail a consisté à élargir et diversifier autant que faire se pouvait nos sources d'information et à soumettre nos analyses à la discussion et à la critique.

Cet impératif de méthode a guidé l'organisation de nos travaux. Ceux-ci ont principalement consisté en des recherches comparatives et en une réflexion prospective conduite à l'intérieur de notre groupe. Mais ils se sont aussi ouverts à l'audition d'experts extérieurs. Le groupe d'experts a également recueilli l'avis d'un large éventail de personnalités représentatives des institutions de la Communauté, des partenaires sociaux, et d'autres experts des pays membres.

La réflexion du groupe sur le devenir du droit du travail a été organisée autour des cinq grands thèmes suivants, qui font l'objet d'autant de chapitres au sein du présent rapport :

– *Travail et pouvoir privé*

La question du pouvoir exercé sur les travailleurs est centrale puisque ce pouvoir a servi d'une part à caractériser le contrat de travail (critère de la subordination) et d'autre part à justifier des protections ou des compensations particulières au profit des travailleurs salariés. Il convenait donc d'examiner les transformations des formes et de l'intensité de l'exercice du pouvoir dans les relations de travail, telles qu'elles résultent de la qualification croissante du travail, des nouveaux modes de management et des nouvelles technologies (celles de l'information en particulier).

– *Travail et statut professionnel*

Une caractéristique majeure du contrat de travail est d'avoir été porteur d'un statut professionnel, incluant notamment des garanties et une protection sociale. La faveur dont jouit encore l'emploi « typique » ou « normal » (*i.e.* contrat à durée indéterminée à temps plein) s'explique par le fait qu'il est la seule voie d'accès à une place normale dans la société pour une personne qui ne peut compter sur l'aide ou l'assistance d'autrui. Cette place centrale de l'emploi à temps plein est remise en cause par le chômage et le développement de formes nouvelles d'emploi précaire ou à temps partiel. D'autre part, l'uniformité des garanties attachées au contrat de travail fait place à une diversification des modes et des degrés de protection sociale, dont une partie est renvoyée à la négociation collective, à l'entreprise ou à la prévoyance individuelle. À cette fragmentation des statuts professionnels et au délitement de certains d'entre eux, s'ajoute une instabilité croissante, qui résulte de la discontinuité des trajectoires professionnelles. Ces évolutions n'ont pas que des effets négatifs et peuvent répondre aux aspirations nées de l'individualisation des modes de vie et du souci de diversifier son expérience du travail, en consacrant du temps à la formation, à la vie publique ou associative, aux soins des parents ou à l'éducation des enfants. Mais elles conduisent à s'interroger sur les moyens d'assurer la continuité d'un statut social au-delà de la diversité des expériences de travail.

– *Travail et temps*

À la fois mesure et limite de la prestation de travail salarié, le temps occupe une place majeure dans l'organisation des relations de travail. La fixation d'horaires de travail uniformes a joué un rôle central dans l'organisation des collectifs de travail et dans l'organisation du temps de la cité et de la vie privée, qui se sont coulés dans le moule du temps du travail. Les nouvelles formes d'organisation du travail, et notamment la flexibilisation du temps de travail (horaires variables, annualisés, travail au sifflet – *on call* –, travail à temps partiel ou intermittent) donnent le jour à une nouvelle conception du temps de travail, à la fois hétérogène (avec le développement d'une zone grise entre temps de travail et temps libre : formation, travail à domicile ou au sifflet, temps libre assimilé à du temps de travail, etc.) et individualisée. Ces évolutions obligent à repenser les moyens de préserver un temps collectif (notamment pour la vie familiale) et de donner à chacun les moyens de maîtriser l'emploi de son temps. On peut penser que la flexibilité doit être une prérogative partagée par les travailleurs, et qu'elle trouve ses limites dans les exigences biologiques et sociales de la vie humaine. D'autre part, le chômage massif a renouvelé le

débat sur l'opportunité d'une réduction importante de la durée du travail, susceptible de favoriser l'emploi. Des expériences en ce sens ont été conduites dans plusieurs pays européens, sur lesquelles il est opportun de s'interroger.

– Travail et organisation collective

Au plan historique, l'organisation collective des travailleurs et des employeurs a joué un rôle crucial dans l'apparition et le développement du droit du travail. Elle répondait à une organisation elle-même collective des relations de travail et à l'essor toujours grandissant de la division et de la spécialisation des tâches, qui exige une organisation collective de plus en plus complexe. Au plan juridique, cette dimension collective est l'une des grandes caractéristiques du droit du travail, qui continue de le distinguer nettement du droit civil ; le droit communautaire notamment fait une place grandissante à ces relations collectives, tant pour l'élaboration que pour l'application des normes. Or cette dimension collective se trouve remise en cause par l'individualisation des modes de vie et de travail, par le recul du secteur industriel au profit du secteur tertiaire, par le développement du chômage et de l'emploi féminin. Tous ces facteurs ont notamment conduit à un déclin des formes traditionnelles de l'organisation syndicale sans que des modes alternatifs de représentation se développent véritablement. Ce déclin du collectif a été souvent encouragé par les employeurs, qui commencent à en percevoir les inconvénients (déstabilisation des collectifs de travail ; absence d'interlocuteur en cas de crise) et les limites. Une autre dimension du collectif devrait être prise en considération, dont l'importance est aujourd'hui soulignée par les nouvelles formes d'organisation du travail (externalisation, réseaux, délocalisations, politiques de qualité, etc.) : plus une entreprise se spécialise sur son métier propre, plus elle se trouve prise dans des réseaux d'interdépendance, où la qualité des ressources humaines, des infrastructures et des services publics joue un rôle déterminant. La maîtrise de cet environnement socio-économique devient cruciale dans les nouvelles formes d'organisation du travail et pose la question de l'inscription territoriale des entreprises.

– Travail et pouvoirs publics

L'intervention de la puissance publique dans la relation de travail a marqué, dans tous les pays européens au XIXe siècle, l'acte de naissance du droit du travail. Elle a ensuite pris des formes diverses selon ces pays, ce qui explique les formes elles-mêmes diverses qu'a empruntées la déréglementation pratiquée depuis une quinzaine d'années. Ces mesures de déréglementation sont allées de pair avec une intervention croissante dans

le cadre des politiques de l'emploi. L'analyse de ces évolutions ne doit pas être cantonnée au droit du travail *stricto sensu*, mais englober l'ensemble des dispositions publiques ayant une incidence forte sur le travail, notamment en matière de prélèvements sociaux et fiscaux et d'aide sociale (revenu minimum). Enfin, la puissance publique doit être envisagée en tant qu'employeur : les transformations en cours dans la fonction publique et les services publics doivent faire l'objet d'une attention spéciale.

Sur chacun de ces thèmes, il a été procédé de la manière suivante. Un rapporteur spécial a été désigné pour élaborer un questionnaire auquel les membres du groupe ont répondu sous la forme de rapports écrits. Ces rapports spéciaux ont été confrontés et discutés lors d'une réunion de travail. Sur la base de ces sources écrites et orales, le rapporteur spécial a ensuite rédigé une première synthèse du thème. À cela se sont ajoutés les résultats des auditions des experts extérieurs. L'une de ces auditions a fourni la matière du chapitre VII du rapport relatif aux enjeux économiques du devenir du droit du travail. Un rapport intermédiaire a été rédigé à mi-parcours de la recherche. Ce rapport a fourni la matière d'une vaste consultation de responsables des partenaires sociaux et des institutions communautaires, ainsi que d'experts de différents pays de l'Union européenne, lors d'une conférence réunie à Nantes le 25 octobre 1997. Pour tenir compte des conclusions de cette conférence, il a été notamment décidé d'adjoindre à notre plan initial un chapitre spécialement dédié aux problèmes de l'égalité entre hommes et femmes. Bien que ce principe d'égalité irrigue l'ensemble de nos développements (et tout spécialement le chapitre consacré au temps de travail), il a paru en effet utile de présenter sur ce sujet une synthèse particulière des positions du groupe d'experts. Ont ainsi été finalement réunis quarante-cinq rapports nationaux et sept premiers documents de synthèse par thème. C'est à partir de ce corpus de cinquante-deux textes et du produit des dix réunions de travail auxquelles ils ont donné lieu que le rapporteur général a établi le présent rapport.

Ce rapport doit être considéré comme l'œuvre collective du groupe d'experts. La diversité des nationalités, des disciplines et des opinions représentées dans ce groupe n'a en effet pas empêché d'aboutir à une analyse commune ; tout au contraire, elle a beaucoup enrichi la réflexion de chacun, et le résultat final de notre travail.

Chapitre I

Travail et pouvoir privé

Le droit du travail repose sur une conception à la fois hiérarchique et collective des relations de travail. Le contrat de travail s'y trouve principalement défini par le lien de subordination qu'il tisse entre le travailleur et celui qui use de ses services. L'entreprise s'y trouve conçue comme une collectivité réunissant autour d'une même activité économique et sous la direction d'un même employeur des travailleurs de différents métiers.

Cette conception correspond à ce que l'on appelle dans le vocabulaire des relations industrielles le « modèle fordiste ». Ce modèle est celui de la grande entreprise industrielle assurant une production de masse, fondée sur une spécialisation étroite des tâches et des compétences, et sur une organisation pyramidale du travail (encadrement hiérarchique de la main-d'œuvre ; séparation des tâches de conception et de réalisation des produits). C'est là le modèle qui a largement dominé dans l'Europe entière, sous des formes diverses et variées (en fait, les sociologues et les politologues parlent de « modèles de capitalisme du bien-être ou de systèmes du bien-être[1] ») dont on peut aussi observer la projection au-delà de la variété des cadres juridiques et institutionnels (allant des caractéristiques particulières du modèle nordique ou scandinave, fondé sur la diffusion de services de bien-être universalistes fournis aux citoyens par l'État indépendamment de leur trajectoire professionnelle, jusqu'aux variantes des pays de l'Europe du Sud, fondées sur une importance persistante de l'autoemploi, sur les microentreprises et l'émigration). La caractéristique fondamentale de ce modèle est l'importance prépondérante de contrats de travail à plein temps non temporaires et standardisés (particulièrement pour les hommes adultes), fondés sur un échange entre un haut niveau de subordination et de contrôle disciplinaire au bénéfice de

l'employeur et un haut niveau de stabilité et de compensations de prestations sociales et de garanties pour l'employé (étendus aux membres de sa famille en raison de la diffusion forte et homogène de formes stables de foyers nucléaires). Il est aujourd'hui banal d'observer que ce schéma est en train de perdre rapidement du terrain. Sous la triple influence de l'élévation du niveau de compétence et de qualification (et de l'élévation des niveaux d'autonomie professionnelle des travailleurs qui en découle, indépendamment de la subordination[2] contractuelle), de la pression croissante de la concurrence sur des marchés plus ouverts, et de l'accélération du progrès technique (en particulier dans le domaine de l'information et de la communication), d'autres modèles d'organisation du travail se sont développés[3]. En outre, l'arrivée massive de femmes mariées sur le marché du travail et les importantes mutations économiques et sociales (telles que le vieillissement de la population et l'augmentation du taux des divorces, l'instabilité et l'hétérogénéité de la structure du foyer) ont contribué à l'érosion des acquis standardisés fondés sur un échange entre subordination et sécurité.

La difficulté vient de ce que ces nouveaux modèles sont divers, que leurs caractéristiques sont la plupart du temps différentes selon les pays (même s'ils procèdent des mêmes processus globaux de transformation) et de ce qu'ils n'ont pas fait disparaître les diverses formes que le régime fordiste d'emploi et de prestations a suscitées dans l'Europe entière. La situation économique et sociale actuelle ne saurait être ramenée à l'émergence d'un modèle unique de relations de travail, car elle se caractérise par une pluralité de mondes de production[4]. Ainsi, par exemple, le recours au travail indépendant, à la sous-traitance ou à l'extériorisation de la main-d'œuvre peut correspondre à de simples stratégies de fuite devant le droit du travail, et à la recherche d'une diminution des coûts, dans des secteurs d'activité traditionnels et à faible valeur ajoutée. Mais il peut aussi correspondre à des stratégies d'innovation dans des secteurs à haut niveau de qualification. Dans un cas, le but poursuivi est de réduire le poids du facteur humain (en termes financiers) ; dans l'autre, il est au contraire de l'augmenter (en termes d'initiatives, de compétences et de qualifications). Les nouvelles configurations du pouvoir, ainsi que de nouveaux équilibres entre autonomie du travail et protection sociolégale dans la relation de travail peuvent ainsi se présenter sous des jours très différents et appeler des réponses juridiques également différentes.

D'un point de vue juridique, ces transformations peuvent être principalement repérées à trois niveaux :

– celui de la promotion ou du développement du travail indépendant (autoemploi) par rapport au travail salarié ;

– celui de l'évolution du critère de subordination qui caractérise le contrat de travail ;

– celui de l'extériorisation ou de la sous-traitance du travail vers des entreprises économiquement dépendantes d'un donneur d'ordre.

L'évolution du travail indépendant

Le contrat de travail salarié n'a jamais été la forme unique par laquelle une personne peut s'engager à travailler (ni même la forme unique du travail dépendant, puisque dans la plupart des pays européens les fonctionnaires ne sont pas soumis au droit commun du travail). De nombreux contrats civils ou commerciaux ont eu aussi pour objet la réalisation d'un travail moyennant finances. Ce travail indépendant était encore la situation la plus fréquente au début de ce siècle, où la majorité des travailleurs étaient des paysans (propriétaires ou fermiers), de petits commerçants, des artisans ou des membres des professions libérales. L'histoire de ce siècle a été celle d'un progrès continu du travail salarié, et du recul corrélatif du nombre de ces travailleurs indépendants. Dans la plupart des pays, ce mouvement, qui correspondait à l'essor du modèle fordiste, a été encouragé par le développement de droits sociaux attachés à la qualité de salarié, notamment en matière de Sécurité sociale. La loi ou la jurisprudence ont cherché à étendre le champ de la protection sociale par des techniques d'assimilation au salariat ou de présomption de salariat.

Nous sommes partis de l'hypothèse que la crise de l'emploi et les transformations du management pouvaient conduire à un mouvement inverse de regain du travail indépendant par rapport au travail salarié. Bien qu'elle n'ait pas été entièrement validée par la recherche, cette hypothèse s'est révélée fructueuse, car elle nous a permis de mettre en évidence les principaux traits de l'évolution actuelle. Cette évolution est encouragée au niveau communautaire par les lignes directrices pour l'emploi adoptées par le Conseil des ministres du 15 décembre 1998 qui lient le développement de l'activité indépendante à celui de l'esprit d'entreprise.

Stabilité quantitative et transformation qualitative

La mesure des évolutions en cours n'est pas aisée, compte tenu de l'hétérogénéité de la notion de travailleur indépendant (non salarié). Les études statistiques disponibles permettent toutefois de mettre en évidence un double phénomène de stabilité quantitative et de transformation qualitative du travail indépendant.

Selon les statistiques publiées par le Bureau international du travail (BIT) en 1990[5], la part du travail indépendant et des travailleurs familiaux non rémunérés relativement à l'emploi total s'élevait en France à 14 % (82 % dans l'agriculture, 9 % dans l'industrie et 11 % dans les services), contre 8 % aux États-Unis (44/6/8), 6 % en Suède (54/3/5), 11 % au Royaume-Uni (46/11/11), 9 % en Allemagne fédérale (36/5/9), 21 % en Italie (49/15/25), 9 % aux Pays-Bas (50/4/10) et 18 % en Espagne (48/14/22). Une enquête plus récente conduite en Europe sur le taux de non-salariat donne des résultats sensiblement différents. Ce taux global aurait été respectivement en 1994 de 24,1 % en Italie, 22,1 % en Espagne, 12,9 % au Royaume-Uni, 11,8 % en France, 9,3 % en Allemagne et 8,4 % au Danemark[6]. Cela confirme l'importance du travail non salarié dans les pays de l'Europe du Sud. Au cours des années quatre-vingt-dix, la proportion des travailleurs autoemployés a augmenté au sein de l'Union, mais toutefois à un rythme plus lent que celui qu'avait connu la seconde moitié des années quatre-vingt. Les seuls États membres qui ont connu une décroissance ont été la Belgique, la France et le Royaume-Uni. Au contraire, l'importance de l'autoemploi a été en proportion inverse en ce qui a trait à la création nette d'emplois nouveaux dans les pays de l'Europe du Sud, de même qu'en Allemagne, en Hollande et au Danemark[7].

La tendance générale n'est donc pas à l'augmentation du travail indépendant, mais à sa stabilisation par rapport à l'emploi total. Cette stabilité quantitative recouvre cependant d'importantes évolutions qualitatives : le travail indépendant croît dans le secteur des services (et d'abord des services aux entreprises qui externalisent ainsi certaines de leurs fonctions), tandis que le nombre d'exploitants agricoles continue de décroître.

Là où il se développe, le travail indépendant peut correspondre aux deux stratégies différentes de dévalorisation ou de valorisation du travail :

– de dévalorisation là où le recours au travail indépendant sert à expulser hors du droit du travail des travailleurs souvent peu qualifiés et en situation de précarité ; le travail indépendant apparaît alors comme une forme, éventuellement frauduleuse, de déréglementation, un simple moyen pour l'utilisateur de cette main-d'œuvre indépendante d'échapper aux contraintes qui pèsent sur les entreprises concurrentes (notamment en matière de financement de la protection sociale) ;

– de valorisation là où le recours au travail indépendant libère les capacités d'innovation et d'adaptation de travailleurs réellement autonomes et souvent hautement qualifiés. Cette face heureuse de l'autoemploi donne une vue idéale du travail postfordiste : flexible en termes de temps, de lieu, de type de services et de coûts, il répond aux besoins des secteurs économiques les plus avancés, dans lesquels l'exigence d'innovation et de qualité oblige à compter d'abord sur la qualité et la créativité des hommes.

L'extension du champ ouvert au travail indépendant par la loi ou la jurisprudence

Il faut commencer par souligner fortement qu'aucun pays européen n'admet que les parties à une relation de travail soient maîtresses de la qualification juridique de cette relation, ce qui rendrait facultative l'application du droit du travail. Le principe demeure partout affirmé que l'indépendance ne dépend pas d'une qualification conventionnelle, mais d'une situation de fait. Ce principe doit être fermement maintenu, si l'on entend sanctionner les fraudes à la fausse indépendance et les pratiques de concurrence déloyale qui en résultent.

En revanche, on observe dans plusieurs pays européens une tendance au recul des présomptions de salariat, et un effort pour donner un cadre juridique au travail réellement indépendant. Jusqu'aux années quatre-vingt, à la fois pour protéger les travailleurs et pour garantir l'assiette des cotisations de Sécurité sociale, la loi et la jurisprudence avaient généralement adopté une conception extensive du contrat de travail salarié, rendant ainsi plus difficile la pratique du travail indépendant. C'est le souci inverse qui émerge aujourd'hui, de ne pas empêcher le développement du travail réellement indépendant.

Cette préoccupation s'est exprimée dans la jurisprudence espagnole la plus récente, qui cherche à ouvrir des alternatives au contrat de travail *(vias alternativas al contrato de trabajo)* en faisant une certaine place à la volonté exprimée des parties, dès lors que cette volonté n'est pas démentie par l'observation de leurs comportements respectifs[8]. En Allemagne, la Cour fédérale du travail a admis dans un arrêt remarqué que l'employeur était libre de réorganiser son entreprise en recourant au travail indépendant plutôt qu'au travail salarié[9]. En France, la loi Madelin du 11 février 1994 relative à « l'initiative et à l'entreprise individuelle » a institué une présomption de non-salariat à l'égard des personnes qui se sont immatriculées à la Sécurité sociale en tant que travailleur indépendant[10]. Cette présomption est en principe une présomption simple, qui peut être renversée s'il est établi que l'activité des intéressés les place « dans un lien de subordination juridique permanente » à l'égard d'un donneur d'ordre.

Le risque existe que cet élargissement du champ ouvert au travail indépendant conduise à priver les travailleurs concernés de toute protection sociale et à les expulser du droit du travail sans leur offrir un autre statut professionnel. Des abus de ce genre sont constatés dans la plupart des pays.

Ainsi, par exemple, en France, certaines compagnies de taxi ont remplacé leurs chauffeurs salariés par des chauffeurs locataires de leur véhicule, censés assurer tous les risques de cette « entreprise » : la sécurité du revenu est pour le propriétaire du capital, le risque économique pour le travailleur. C'est une pratique assez courante, au sein de l'industrie forestière suédoise, que de substituer à l'ouvrier salarié des travailleurs autoemployés qui louent ou possèdent eux-mêmes les machines ou le tracteur.

Deux conditions doivent être réunies pour conjurer ces risques : il faut en premier lieu maintenir fermement le principe d'une requalification du faux travail indépendant en emploi salarié ; il faut en second lieu doter le vrai travail indépendant d'un véritable statut professionnel qui garantisse notamment sa protection sociale.

La recherche d'un cadre juridique adapté au travail indépendant

La difficulté de l'élaboration d'un tel cadre provient de la diversité des situations concrètes dans lesquelles le travail indépendant est accompli. Cette diversité n'est pas toujours saisie juridiquement. Certains pays, comme la France ou la Suède, ne distinguent pas le travailleur indépendant de l'entrepreneur capitaliste. D'autres en revanche (Allemagne, Italie) distinguent l'entrepreneur totalement indépendant, qui relève entièrement des règles du droit civil ou commercial, et le professionnel autonome qui dépend économiquement d'un ou plusieurs donneurs d'ordre.

Ces situations de semi-indépendance ont donné lieu à des dispositions juridiques diverses selon les pays, mais dont le trait commun est de soumettre la relation de travail de ces semi-indépendants à une application sélective des règles ou des principes du droit commun du travail.

Ainsi le droit allemand distingue trois catégories de travailleurs indépendants. Les deux premières recouvrent les entrepreneurs, qui peuvent travailler soit en vertu d'un contrat d'entreprise *(Werkvertrag)*, soit en vertu d'un contrat de services libre *(freier Dienstvertrag)*. La différence entre ces deux catégories est que le contrat de services libre a pour objet une simple obligation de travailler (cas de la plupart des professions libérales), tandis que s'y ajoute dans le contrat d'entreprise une obligation de résultat (cas par exemple des artisans ou des commerçants). La troisième catégorie est celle des « personnes semblables aux salariés » *(arbeitsnehmeränhliche Personnen)*, qui travaillent dans le cadre d'un contrat de services libre ou d'un contrat d'entreprise, mais pour un donneur d'ordre principal dont ils dépendent économiquement. Ces personnes sont juridiquement des travailleurs indépendants, mais la loi leur applique cependant certaines dispositions du droit du travail, en matière de congé, de contentieux du travail ou de convention collective. La dépendance économique est caractérisée par le fait que le travailleur travaille seul (sans l'assistance d'autres salariés), qu'il tire plus de la moitié de ses revenus professionnels des services rendus à son principal donneur d'ordre, et que son besoin de protection sociale est semblable à celui d'un salarié[11].

La notion italienne de parasubordination *(parasubordinazione)* se situe dans une perspective un peu différente, bien que ses résultats soient pratiquement les mêmes. Cette notion de travailleurs parasubordonnés est apparue avec la loi n° 533/1973 (codifiée à l'art. 409 c. proc. civ.), qui a étendu le droit des litiges individuels du travail aux relations d'agence et de représentation commerciale, ainsi qu'aux autres rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature personnelle, même si elle n'a pas de caractère subordonné *(« altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordi-nata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato »)*. Il s'agit donc d'une catégorie « ouverte » où l'on trouve en pratique des professions aussi diverses que celle des avocats travaillant pour une société ou des médecins du service national de santé. La différence avec les quasi-salariés allemands est que le besoin de protection sociale n'a aucune place dans cette définition. La

discussion s'est concentrée en Italie sur le point de savoir s'il fallait voir dans cette notion une reconnaissance du critère de la dépendance économique, qui autoriserait une application de principe du droit du travail aux « parasubordonnés », ou au contraire si ces derniers demeuraient des travailleurs indépendants, auxquels ce droit n'était applicable que dans les cas expressément visés par la loi, c'est-à-dire principalement en matière de procédure contentieuse et d'hygiène et de sécurité[12]. C'est cette seconde thèse qui l'a emporté en doctrine comme en jurisprudence.
Aux Pays-Bas, un projet de loi actuellement en cours de discussion vise à garantir aux travailleurs économiquement dépendants une protection équivalente à celle des salariés.
En Espagne, le Statut des travailleurs prévoit l'extension partielle du droit du travail au travailleur à son compte ou indépendant.

Les pays qui ne possèdent pas une telle catégorie générique de travailleurs semi-autonomes ont procédé au cas par cas et soumettent certaines professions déterminées à une application partielle du droit du travail. C'est le cas par exemple de certaines professions visées par le livre VII du Code du travail français (représentants de commerce, dirigeants de succursales commerciales, etc.) ou des dirigeants salariés espagnols, qui sont soumis à une partie seulement des dispositions du Statut des travailleurs, ou encore des commissionnaires *(likställda uppdragstagare)* que la loi suédoise fait entrer dans le champ d'application du droit des conventions collectives.

Le besoin d'une catégorie juridique intermédiaire entre le salarié et l'entrepreneur semble donc évident.

À ce propos, il est intéressant de signaler le projet de l'Organisation internationale du travail (OIT) d'instaurer une convention sur le travail en sous-traitance. L'OIT a bien identifié l'existence d'une importante catégorie de travailleurs qui sont dépendants mais ne disposent pas, ou ne disposent pas toujours, de contrats de travail. Selon le projet de convention, « l'expression “travail en sous-traitance” désigne le travail exécuté pour une personne physique ou morale (l'entreprise utilisatrice), par une personne (travailleur occupé en sous-traitance), lorsque ce travail est exécuté par le travailleur occupé en sous-traitance personnellement dans des conditions de dépendance ou de subordination de fait à l'égard de l'entreprise utilisatrice semblables à celles qui, conformément à la législation et à la pratique nationales, caractérisent une relation de travail et lorsque : soit le travail est exécuté en vertu d'un arrangement contractuel direct entre le travailleur occupé en sous-traitance et l'entreprise utilisatrice, autre qu'un contrat de travail ; soit le travailleur occupé en sous-traitance est mis à disposition de l'entreprise utilisatrice par un sous-traitant ou intermédiaire ». Lors de la conférence de l'OIT de juin 1997, un premier débat a été ouvert sur ce projet de convention sur le « travail en sous-traitance ». Une « recommandation » est jointe à la convention dans le but d'en développer plus en détail les différents aspects.

Encore faut-il parvenir à définir clairement cette nouvelle catégorie de travailleurs et leur offrir un statut professionnel cohérent et suffisamment attractif. De ce point de vue, les expériences allemande et italienne paraissent largement perfectibles. La situation des « quasi-salariés » allemands ne brille pas par sa simplicité juridique. En Italie, l'intense débat auquel a donné lieu la parasubordination a rebondi avec le développement d'un nouveau type de relation dite de « collaboration coordonnée et continue ». Cette relation a d'abord été définie du point de vue fiscal en

1986[13], avant d'être soumise par la loi 335/1995 à une cotisation sociale de 10 % au titre de la vieillesse, de l'invalidité et du décès[14]. Elle vise une prestation de travail qualifié impliquant une forme nouvelle de subordination, mais dans le cadre d'une relation stable, tant du point de vue du travail fourni que de la rémunération reçue en échange.

Ces développements récents illustrent la place centrale occupée dans ce débat par les questions de protection sociale. Le développement du travail indépendant n'est pas concevable s'il a pour objet ou pour effet d'assécher les recettes des régimes de Sécurité sociale[15] ; et, réciproquement, le statut d'indépendant n'est pas attractif si, aux aléas économiques qu'il comporte inévitablement, s'ajoute la perspective d'une mauvaise protection sociale.

Enfin, l'essor du travail indépendant ou semi-indépendant suppose de ménager des transitions d'une situation professionnelle à une autre. Des expériences existent en ce domaine, notamment en France, où l'on s'est efforcé d'aider les travailleurs salariés à se mettre à leur compte, en particulier lorsqu'ils sont victimes du chômage (mécanisme des aides à la création d'entreprise ou à l'exercice d'une activité professionnelle indépendante), ou bien dans le cadre d'une restructuration de leur entreprise (technique dite de l'*essaimage* : aide fiscale à la mise à leur compte par une entreprise de ses salariés). S'esquisse ainsi la reconnaissance de *droits de l'entreprenant*, qui ne concernent pas le seul droit du travail mais aussi la Sécurité sociale, la formation professionnelle, le droit fiscal, etc. La liberté du travail est alors considérée comme une liberté concrète, que non seulement la loi doit permettre, mais dont elle doit faciliter l'exercice. Une des dimensions majeures de cette liberté est de pouvoir expérimenter au cours de sa carrière différentes situations professionnelles (salarié, entrepreneur, travailleur indépendant ou semi-indépendant) tout en étant assuré d'une certaine continuité de ses droits sociaux.

L'évolution de la subordination

On observe d'importantes transformations dans la pratique du pouvoir au sein des entreprises. Cette évolution rend plus difficile le maniement du critère de la subordination, qui demeure cependant le critère principal du contrat de travail. Le débat est donc ouvert dans plusieurs pays sur l'opportunité d'un élargissement de ce critère.

L'évolution des pratiques

Cette évolution est ambivalente. À certains égards, les travailleurs se voient reconnaître une plus grande autonomie dans l'organisation de leur vie et de leur travail. À d'autres égards, le poids de la subordination s'accroît.

• *Les progrès de l'autonomie au travail* sont la face heureuse des évolutions actuelles. Ils s'expliquent par le développement des nouvelles technologies, l'élévation du niveau de formation des travailleurs, les nouvelles méthodes de management participatif, etc. Partout où l'organisation en réseau tend à se substituer à l'organisation pyramidale, le pouvoir s'exerce de manière différente : par une évaluation des produits du travail, et non plus par une prescription de son contenu. Les salariés se trouvent ainsi davantage soumis à des obligations de résultat qu'à des obligations de moyens. Il en résulte une beaucoup plus grande latitude dans l'exécution de leur travail, et une libération de leurs capacités d'initiative. La contrainte ne disparaît pas, elle est intériorisée. Un nombre croissant de travailleurs salariés opèrent ainsi dans des conditions qui ne diffèrent pas sensiblement dans les faits du travail indépendant d'un sous-contractant. Le management use du reste de la métaphore contractuelle pour conceptualiser ce nouveau type de relations de travail entre salariés d'une même entreprise.

Cette évolution est relevée dans tous les pays européens. Elle concerne aussi bien le secteur industriel que celui des services. Ainsi, en Suède, la participation des travailleurs à l'organisation quotidienne du travail est observée dans la majorité des entreprises industrielles de plus de cinquante salariés. Dans les entreprises suédoises, 85 % des travailleurs se voient confier des responsabilités sur la définition de leur travail[16].

Ces évolutions conduisent à revaloriser la dimension collective du travail. Le travailleur n'est plus, dans cette nouvelle organisation, rivé à une fonction spécialisée, mais impliqué dans une démarche collective de réalisation du produit[17]. Aussi le développement de l'autonomie au travail ne doit pas s'entendre comme un corollaire de l'individualisation, car c'est le plus souvent une autonomie collective, une dynamique de groupe qui est recherchée. Cet objectif peut même conduire à remettre en cause les politiques d'individualisation des salaires qui avaient fleuri dans les années quatre-vingt.

• *L'accroissement direct du poids de la subordination* est tout d'abord le lot des nouvelles formes d'emploi précaire, telles que les contrats de formation-emploi offerts aux jeunes, ou les contrats à durée déterminée. Dans ce cas en effet, au jeu normal du pouvoir de direction de l'employeur s'ajoute son pouvoir de donner ou non suite à la relation de travail à

l'expiration du contrat. L'employeur dispose là d'un instrument puissant pour dicter le comportement des travailleurs, en particulier des jeunes qui commencent le plus souvent leur vie professionnelle avec de tels contrats.

Des études conduites en Italie ont montré l'importance de ces pressions informelles exercées sur les jeunes embauchés en vertu d'un *contratto di formazioni e lavoro*, ou d'un *contratto a tempo determinato*. L'employeur est en position de les dissuader de se syndiquer, de participer à des grèves ou des actions collectives, de refuser du travail supplémentaire, etc.

En dehors même de l'emploi précaire, le poids du pouvoir patronal se renforce sous l'influence de deux facteurs. Le premier est évidemment l'importance du chômage, qui conduit les salariés à se soumettre à des conditions de travail qu'ils refuseraient s'ils savaient pouvoir trouver facilement un autre emploi. Le second facteur est le glissement de nombreux emplois des grandes entreprises vers les moyennes et les petites. Cette évolution est favorisée par le développement des réseaux d'entreprises, liées entre elles par des relations de sous-traitance ou d'extériorisation de l'emploi. Dans la plupart des pays de l'Union européenne, les statistiques montrent que la majorité des emplois se situent désormais dans les petites entreprises (moins de cinquante salariés), voire dans les toutes petites (moins de onze salariés). Or l'encadrement du pouvoir patronal par le droit du travail dans ce type d'entreprises est réduit, à la fois pour des raisons juridiques (seuils d'effectifs) et pour des raisons sociologiques (ineffectivité).

L'élargissement du critère de la subordination juridique

Les transformations observées dans la pratique du pouvoir au sein de la relation de travail n'ont pas conduit jusqu'à présent à remettre en cause la place centrale de la subordination dans la qualification juridique du contrat de travail. En revanche, le maniement de ce critère est devenu de plus en plus complexe, rendant toujours plus incertaines les frontières du salariat.

La tendance générale en jurisprudence, au moins jusqu'à ces dernières années, a été d'éviter que l'autonomie dont certains salariés jouissent dans l'exécution de leur travail ne permette de les exclure du champ d'application du droit du travail. Cette politique jurisprudentielle a conduit à une évolution de la notion juridique de subordination. Celle-ci ne résulte plus seulement de la soumission à des ordres dans l'exécution proprement dite du travail, mais aussi de l'intégration du travailleur dans une organisation collective du travail conçue par et pour autrui. Cet élargissement du critère de la subordination a rendu son maniement plus incertain et surtout plus complexe. Dès lors qu'un travailleur a une certaine autonomie dans l'exécution de son travail, il faut, pour qualifier son

contrat, rechercher s'il n'existe pas d'autres indices révélant son éventuel état de subordination. Cette technique dite du faisceau d'indices est devenue une caractéristique commune du droit du travail des pays européens. Elle consiste, non pas à vérifier que tous les indices se retrouvent dans la situation analysée, mais au contraire à induire de la réunion de plusieurs d'entre eux l'existence d'un lien de subordination[18].

Le contenu de ce faisceau d'indices connaît certaines variations d'un pays à l'autre. On peut citer ici l'exemple de la liste (non exhaustive) des indices mis en œuvre par la jurisprudence suédoise, telle qu'elle a été établie dans les travaux préparatoires de la loi de 1976 sur la codétermination[19] :
– l'intéressé s'est engagé à exécuter personnellement le travail ;
– il a en pratique réalisé lui-même ce travail ;
– son engagement comporte une disponibilité pour réaliser des tâches à venir ;
– la relation entre les parties a une certaine permanence ;
– la relation de travail a une certaine exclusivité ;
– l'intéressé est soumis à des ordres ou à un contrôle de l'autre partie en ce qui concerne la méthode, le lieu ou le temps de travail ;
– les moyens de travail sont fournis par l'autre partie ;
– les frais professionnels sont pris en charge par l'autre partie ;
– le travail est rémunéré ;
– le travailleur est dans une position économique et sociale équivalente à celle d'un salarié.

On comprend dès lors pourquoi les transformations observées dans la pratique des relations de travail n'ont pas entraîné de modification de la notion juridique de subordination : la technique du faisceau d'indices, élaborée initialement pour *étendre* le champ d'application du droit du travail à des professions qui requièrent par nature une certaine indépendance (médecins, journalistes, enseignants), peut servir aujourd'hui à *maintenir* dans les frontières du salariat des salariés saisis par le « postfordisme » et l'autonomisation de leur poste de travail. Comme il arrive souvent, l'évolution du droit a ici précédé celle des faits.

L'élargissement du critère de la subordination a ainsi permis la salarisation d'un grand nombre d'emplois. Le droit du travail a cessé d'être le droit des ouvriers ou des employés pour devenir le droit commun de toute relation de travail. Cette évolution, due notamment à des considérations de Sécurité sociale, a pour effet d'accroître l'hétérogénéité de la population salariale. Cette hétérogénéité favorise à son tour un mouvement de fragmentation du droit du travail, qui doit s'adapter à la diversité des situations professionnelles. Un autre effet, moins souvent observé, est d'importer en droit du travail des règles issues du travail indépendant, telles que la clause de non-concurrence, apportée avec eux par les représentants de commerce[20].

D'une manière générale, le relâchement du lien entre subordination et statut salarial a permis à des travailleurs jouissant d'une grande indépendance (dirigeants d'entreprise par exemple) de s'emparer des

protections du droit du travail, tandis que les travailleurs les plus faibles se voyaient au contraire privés de tout ou partie de ces protections par la précarisation de leur emploi, voire expulsés du droit du travail par le recours à la fausse indépendance.

Ces effets pervers, ajoutés à l'insécurité juridique qui résulte de la dilution du critère de la subordination, expliquent que la question des frontières du salariat soit redevenue dans la période récente le sujet d'intenses débats dans nombre de pays européens.

Le débat sur les frontières du salariat

Deux tendances contraires s'expriment dans le nouveau débat qui s'est ouvert dans plusieurs pays européens sur les frontières du salariat.

• La première consiste à *réduire le champ d'application du droit du travail*, en revenant à une conception stricte du critère de la subordination. Cette tendance est le corollaire des politiques législatives et jurisprudentielles conduites pour ouvrir un espace plus large au travail indépendant.

Ainsi, en France, la loi Madelin du 11 février 1994 a introduit dans le Code du travail la référence à la permanence de la subordination juridique, comme indice du salariat ; or le droit français ignorait jusqu'alors cette condition de permanence qui, dans d'autres systèmes juridiques, comme le droit britannique, peut conduire à exclure du salariat le travail occasionnel ou intermittent. De son côté, la jurisprudence, qui avait fait place durant les vingt dernières années à la notion « d'intégration à une entreprise organisée » pour caractériser le contrat de travail, a réaffirmé récemment la primauté du critère de la subordination aux ordres de l'employeur[21]. L'intégration à l'entreprise d'autrui, qui était devenue au fil des ans le principal révélateur de la subordination, est ainsi ravalée à la condition d'un simple indice parmi d'autres.

• La seconde tendance consiste au contraire à *élargir le champ d'application du droit du travail*, en recourant à d'autres critères que celui de la subordination juridique. Deux voies sont aujourd'hui explorées en ce sens, qui ont donné lieu à des propositions doctrinales ou législatives.

Certains proposent tout d'abord de substituer au critère de la subordination juridique celui de la *dépendance économique*. L'idée en avait déjà été émise aux origines du droit du travail et de la Sécurité sociale (*i.e.* le droit social, au sens français) dans plusieurs pays européens[22]. Le problème était déjà, à l'époque, de faire coïncider le champ d'application du droit social avec la réalité du besoin de protection. Dans cette perspective, la soumission technique aux ordres d'autrui dans l'exécution du travail importe moins que le fait de tenir son gagne-pain d'autrui. Ce critère de la dépendance économique aurait pu conduire à étendre le champ d'application du droit social à tous ceux qui sont en situation de partie faible dans une relation de travail. La population visée à

l'époque, au-delà des ouvriers et des employés, était essentiellement composée de travailleurs relevant du modèle « préfordiste » (représentants ou commissionnaires, petits artisans ou travailleurs à domicile) qui exerçaient leur métier pour le compte exclusif d'un donneur d'ordre ainsi en mesure d'imposer ses conditions. Le problème a finalement été réglé, soit par la disparition de ces travailleurs semi-indépendants, qui se sont fondus dans le modèle fordiste, soit par l'intervention de dispositions législatives *ad hoc*, qui ont doté ces travailleurs d'un régime spécial (contrats d'intégration en agriculture) ou les ont assimilés à des salariés (représentants de commerce, travailleurs à domicile).

On croyait la question ainsi définitivement réglée, mais elle resurgit avec les nouvelles formes d'organisation du travail (postfordistes), qui font se lever une nouvelle génération de travailleurs à domicile (télétravail) et de professionnels techniquement autonomes mais économiquement dépendants. D'où le regain d'intérêt pour l'idée de dépendance économique.

C'est en Allemagne que ce débat semble aujourd'hui le plus élaboré. Une partie de la doctrine y propose d'élargir la notion de salarié, pour juguler les fuites hors du droit du travail. Cette thèse a été notamment défendue par le professeur Rolf Wank[23], selon lequel la soumission aux ordres ne peut plus être considérée comme l'élément caractéristique du salarié. Le besoin de protection n'est pas lié, selon cette thèse, à un tel assujettissement, mais au fait de dépendre économiquement d'un seul employeur. Cette dépendance économique pourrait être caractérisée par les éléments suivants :

– travail accompli personnellement, sans l'aide de collaborateurs ;
– travail accompli pour le compte d'un seul employeur ;
– travail accompli pour l'essentiel sans capitaux propres ;
– travail intégré dans l'organisation d'autrui.

Les travailleurs ainsi caractérisés pourraient toutefois choisir le statut d'indépendant, dès lors que les risques et les chances qu'ils encourent sur le marché paraissent équilibrés.

Cette thèse a été accueillie par certaines juridictions, notamment par le Landesarbeitgericht (Cour d'appel du travail) de Cologne dans une importante décision, du 30 juin 1996[24]. Selon les termes de cette décision, « la notion traditionnelle de salarié utilisée par la Cour fédérale du travail, qui se base surtout sur le degré de subordination du travailleur et prend surtout en considération le fait d'avoir un horaire de travail déterminé par l'employeur, ne peut plus suffire à garantir le respect des droits fondamentaux ». Appliquant les indices proposés par le professeur Rank, la Cour est ainsi conduite à rechercher si le travailleur apparaît de manière indépendante sur le marché, assume les risques et court les chances d'un entrepreneur. Le tribunal du travail de Nuremberg a lui aussi adopté le critère de la dépendance économique dans une espèce qui concernait une employée d'assurance « au service extérieur[25] ». Considérant que cette employée n'était pas en état d'opérer sur le marché avec ses capitaux et son organisation propres, le tribunal y a vu un travailleur salarié. Cette orientation risque toutefois de se heurter à l'existence légale en Allemagne des travailleurs « semblables aux salariés » (voir *supra*) : cette catégorie intermédiaire entre l'entrepreneur et le salarié limite évidemment l'extension du champ du salariat proprement dit.

Doit être rapproché de ces évolutions le projet de loi introduit en 1996 par les Länder de Hesse et de Rhénanie-Westphalie pour lutter contre le recours à la fausse indépendance. Ce projet ne concerne que le droit de la Sécurité sociale, et non le droit du travail. Mais il contient une définition précise des travailleurs économiquement dépendants, entendus comme ceux qui :

– n'emploient pas de salariés dans le cadre de leur travail, à l'exception des membres de leur famille ;

– ne travaillent régulièrement que pour une personne ;
– fournissent un travail semblable à celui d'un salarié ;
– n'apparaissent pas sur le marché en tant qu'entrepreneurs.
Selon ce projet de loi, la réunion de deux de ces éléments suffirait à faire naître une présomption simple d'activité salariée.
Aux Pays-Bas, un débat s'est engagé au cours de ces dernières années sur le thème « Souplesse et sécurité ». Il en est ressorti un projet de loi selon lequel, à moins que l'employeur ne démontre le contraire, les personnes qui travaillent dans des « conditions similaires à celles qui caractérisent une relation de travail » seraient considérées comme titulaires d'un contrat de travail. C'est ce que l'on désigne sous l'expression « présomption simple de l'existence d'un contrat de travail ». L'objectif fondamental est de garantir au groupe en question une protection équivalente à celle dont bénéficient les travailleurs titulaires d'un contrat de travail.
En Suède, le débat continue, encore très empreint d'une approche cyclique et keynésienne, autour des mutations de la main-d'œuvre dues à la profonde récession entre les années 1991 et 1996. La discussion sur les travailleurs autoemployés, les travailleurs temporaires et même les travailleurs à temps partiel est ainsi rattachée à la récession des années quatre-vingt-dix, plutôt qu'à la « troisième révolution industrielle » et aux changements de structures du marché du travail.

Une autre voie possible, pour élargir le champ d'application du droit du travail, consisterait à substituer au critère de la subordination juridique celui de l'intégration à l'entreprise d'autrui. Là encore, l'idée n'est pas nouvelle, et a déjà été mise en œuvre dans le cadre de la technique du faisceau d'indices, notamment dans la jurisprudence française. Mais il pourrait être envisagé de faire de cette intégration le critère principal de la relation de travail salarié.

Cette thèse a trouvé de solides défenseurs en Espagne, à partir notamment des travaux du professeur Alonso Olea[26]. Selon cet auteur, la dépendance ou la subordination ne seraient que les conséquences d'un fait qui suffit à lui seul à caractériser le travail salarié : le fait de travailler pour le compte d'autrui et non pas pour son compte propre. C'est parce que les fruits du travail sont perçus à la source par celui qui le rémunère que ce dernier est investi du pouvoir de diriger et contrôler ce travail, et de le coordonner avec celui des autres travailleurs rémunérés par lui. Peu importe dès lors les formes que peuvent emprunter cette direction, ce contrôle ou cette coordination. L'insistance mise sur le critère de la subordination ne peut donc, dans cette perspective, qu'aboutir à des contradictions insolubles, car le pouvoir de celui pour qui le travail est accompli peut s'exprimer sous des formes ou avec une intensité variable, tandis que demeure inchangé le fait de travailler pour autrui.

Ce critère du travail accompli pour autrui ne fait toutefois pas l'unanimité. On lui reproche notamment de conduire à englober dans le salariat des catégories de travailleurs qui aujourd'hui n'en relèvent pas (ex. les travailleurs free lance). Cette faiblesse pourrait devenir une force dès lors qu'on se proposerait d'étendre les frontières du salariat pour maintenir au sein du droit du travail les nouvelles formes de relations de travail qui se tissent dans et autour de l'entreprise en réseau. On peut douter toutefois qu'un critère unique suffise un jour à caractériser le travail salarié. Celui-ci n'est pas un donné, existant en soi, mais une construction juridique toujours recommencée.

L'entreprise dépendante

L'entreprise « fordiste » intégrait toutes les fonctions nécessaires à la réalisation de ses produits. Cette solution avait l'avantage d'éliminer les coûts de transaction avec des prestataires extérieurs, et permettait aussi de s'assurer du contrôle de l'ensemble du procès de travail, dans ses aspects centraux comme dans ses aspects périphériques. Le droit du travail était adapté à ce modèle dans la mesure où il reposait sur un syndicalisme d'industrie (et non plus de métier, comme dans la période préfordiste) et où la négociation collective qu'il instituait avait elle-même pour objet un secteur d'activité économique (convention de branche) ou une entreprise de ce secteur (accord d'entreprise), et non pas un métier susceptible d'être exercé dans différents secteurs.

Plusieurs facteurs ont conduit à remettre ce modèle en cause. La recherche de la réduction des coûts et du volume des charges fixes de l'entreprise (politiques dites de flexibilisation) a certes joué un rôle important, et peut suffire à expliquer l'extériorisation des fonctions à faible qualification (nettoyage, gardiennage, restauration du personnel, transports, etc.). Mais l'extériorisation des fonctions qualifiées a principalement résulté de deux autres facteurs. En premier lieu le progrès technique qui, dans le même temps, a élevé les compétences requises par certaines fonctions et facilité le recours aux services extérieurs (*cf.* notamment le rôle des nouvelles technologies de l'information et de la communication). En second lieu, l'évolution des techniques contractuelles, qui permettent aujourd'hui de rendre le fournisseur transparent vis-à-vis de son client, éliminant ainsi les risques techniques inhérents à l'extériorisation ou à la sous-traitance de certaines fonctions (*cf.* notamment le recours aux normes ISO 9000 de qualité).

Les inconvénients de ce nouveau modèle commencent seulement à apparaître (perte de compétences dans l'entreprise utilisatrice ; élévation des coûts de transaction ; vulnérabilité aux défaillances des sous-traitants, etc.). Certaines grandes entreprises cherchent à les réduire en établissant avec leurs sous-traitants des relations stables de coopération, codifiées éventuellement dans des « chartes de la sous-traitance ».

D'une manière générale, cette évolution a conduit les entreprises à se ramasser sur leur principale activité et à confier à d'autres toutes les tâches annexes de cette activité. Comme le recours au travail indépendant, elle pose en droit du travail deux séries de problèmes de nature différente : celui de la fraude sociale consistant à interposer une société écran entre un travailleur et son employeur véritable ; et celui de la véritable

extériorisation ou sous-traitance, dans laquelle l'employeur se trouve dans une situation de dépendance technique ou économique vis-à-vis d'une autre entreprise. Le risque de fraude se présente surtout dans des hypothèses où la fourniture de main-d'œuvre constitue l'objet essentiel ou exclusif de la prestation qu'une entreprise fournit à une autre. La légalisation du travail intérimaire opérée depuis vingt ans dans la plupart des pays européens (en dernier lieu en Italie) a eu pour objet d'encadrer ce type de prestation et de séparer le bon grain (la flexibilité du travail intérimaire) de l'ivraie (le trafic de main-d'œuvre).

Travail intérimaire et trafic de main-d'œuvre

La sous-traitance et l'extériorisation de la main-d'œuvre renouent avec des formes anciennes (préfordistes ?) d'organisation du travail. Selon une pratique fréquente au XIXe siècle, les ouvriers travaillaient dans le cadre d'un louage d'ouvrage (et non d'un louage de services) ; ce contrat pouvait avoir été conclu soit par le travailleur lui-même (qui s'engageait pour une tâche définie, d'où le nom de tâcheronnage) soit par un « marchandeur » qui convenait avec un client de l'ouvrage à réaliser et le faisait exécuter ensuite par des ouvriers qu'il rémunérait et payait directement (d'où le nom générique de marchandage pour désigner cette pratique, qui recouvrait des réalités diverses : du contrat d'équipe, où le marchandeur était le mandataire des ouvriers, à la sous-entreprise de main-d'œuvre où il apparaissait comme leur employeur).

Refoulées par l'organisation fordiste du travail, ces formes anciennes ont même été pour certaines prohibées. Dans plusieurs pays, la loi distingue aujourd'hui le marchandage prohibé, ou trafic de main-d'œuvre, de la sous-traitance ou de la prestation de service, qui sont des contrats licites.

En France, la répression du trafic de main-d'œuvre s'appuie sur deux délits distincts, mais qui se recoupent largement (concours d'infractions) :

– celui de l'article L. 125-1 du Code du travail : toute opération à *but lucratif* de fourniture de main-d'œuvre qui a pour *effet* de causer un préjudice au salarié, ou d'éluder l'application de la loi. Ce délit est défini par ses effets. Lorsqu'une sous-traitance ou une prestation de services dissimule en réalité une simple fourniture de main-d'œuvre, le délit est constitué ;

– celui de l'article L. 125-3 : toute opération à but lucratif ayant pour *objet exclusif* le prêt de main-d'œuvre, dès lors qu'elle n'est pas effectuée en conformité avec la loi sur le travail temporaire. Cette incrimination s'applique soit aux entreprises de travail temporaire qui ne respectent pas la loi, soit aux opérations qui se présentent comme de la sous-traitance ou une prestation de services, mais dans lesquelles c'est en réalité de la main-d'œuvre qui est placée sous l'autorité du prétendu donneur d'ordre. La jurisprudence cherche dans la réalité des faits, non dans la formulation du contrat, s'il y a réelle sous-traitance ou fourniture illicite de main-d'œuvre.

Le trafic de main-d'œuvre (*trafico de mono de obra*) est également réprimé par la loi espagnole, qui le définit comme l'exercice illégal du travail intérimaire (art. 43 du Statut des travailleurs). Il n'est toutefois pas toujours facile de le distinguer de la pratique, licite en Espagne, du contrat d'équipe,

par lequel un employeur embauche un groupe de travailleurs en tant que tel, représenté auprès de lui par un chef de groupe (*jefe del grupo*). Le Code pénal espagnol punit d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de six à douze mois « ceux qui se livrent au trafic illégal de main-d'œuvre », ajoutant qu'encourent la même peine « ceux qui recruteraient des personnes ou les inciteraient à abandonner leur poste de travail en leur offrant un emploi ou des conditions de travail trompeuses ou fausses… » (art. 312).
En Italie, tout spécialement au sein des régions agricoles du Sud, et dans le secteur de la construction, le système du recours au « *caporalato* », comme forme d'embauche, est encore assez courant. Il s'agit en fait là d'une sorte de trafic illégal de main-d'œuvre, selon lequel les travailleurs (illégaux, immigrants sans papiers, femmes…) au noir sont affectés à des emplois extrêmement précaires par un « caporal », qui empoche une partie de leurs salaires, au titre de ses « services ». Cette intermédiation du travail est illégale, et elle est presque toujours entre les mains de la criminalité locale. Elle est, malgré tout, assez répandue dans certaines régions de l'Italie du Sud. Les coûts réduits de la main-d'œuvre, l'absence de tout contrôle, la répression dérisoire envers les sociétés ayant recours à ce « système de recrutement » expliquent sa prolifération.

Les règles réprimant le trafic de main-d'œuvre paraissent essentielles au bon fonctionnement du marché du travail. De même qu'on ne peut admettre qu'une entreprise fasse appel à une société écran pour échapper à ses obligations en matière de droit fiscal ou de droit de l'environnement, de même les règles de la concurrence se trouvent faussées si certaines entreprises peuvent éluder l'application du droit du travail, en interposant entre elles et les salariés qui travaillent pour elles un employeur écran qui n'a pas d'autre fonction que de permettre cette fraude. Les législations nationales restent d'un faible secours à cet égard, compte tenu des possibilités offertes par la libre prestation de service au sein de la Communauté européenne. La récente directive relative à la prestation de service intraeuropéenne montre que c'est au niveau communautaire que, dans le respect du principe de subsidiarité, une telle question doit être abordée.

Sous-traitance et droit du travail

La véritable sous-traitance pose des problèmes de nature très différente, qui sont encore mal réglés dans les législations européennes.

La sous-traitance d'activités préalablement réalisées au sein d'une entreprise comporte des conséquences évidentes pour les travailleurs concernés, qui ne bénéficieront plus des conditions de travail découlant des conventions collectives de ladite entreprise et se verront imposer par leur nouvel employeur des conditions de travail généralement moins avantageuses que celles auxquelles ils avaient initialement droit. La seule protection qui leur soit offerte réside dans le jeu éventuel de la directive « transfert » et des législations nationales qui opèrent sa transposition. On sait le caractère limité de cette protection, tant du point de vue de son

champ d'application (exigence de la survie d'une même entité économique conservant son identité) que du point de vue de ses effets (pas de transfert des avantages collectifs).

Mais le problème principal consiste à organiser la relation triangulaire entre l'entreprise utilisatrice, l'entreprise sous-traitante et les salariés de cette dernière. En principe, dans la sous-traitance licite, il n'existe pas de lien de droit entre une entreprise et les salariés de ses sous-traitants. Et cependant, le sort du salarié peut dépendre davantage des décisions prises par cette entreprise donneur d'ordre que par son employeur. Cela est spécialement vrai lorsque l'entreprise sous-traitante se trouve dans une dépendance économique exclusive du donneur d'ordre, dont les décisions peuvent dicter non seulement le volume de l'emploi, mais aussi les politiques de formation professionnelle, l'organisation du travail, etc. Dans une telle situation, une bonne part du droit du travail devient inopérante. En particulier, les structures de représentation, de confrontation et de négociation ne permettent pas d'accéder à l'interlocuteur pertinent, qui est le donneur d'ordre. Ce problème a été bien identifié dans le cas des groupes d'entreprises, mais il reste aujourd'hui pour l'essentiel sans réponse dans les réseaux d'entreprises qui collaborent de manière continue à la réalisation d'un produit.

La réglementation du travail intérimaire offre une certaine idée du type de lien qui peut être établi entre une entreprise et les salariés de ses sous-traitants ; mais ce modèle concerne la pure extériorisation de main-d'œuvre, et son emploi dans les locaux mêmes de l'entreprise utilisatrice.

Concernant la sous-traitance proprement dite, on peut seulement citer quelques dispositions éparses, qui lui attachent des conséquences dans le domaine social.

La directive communautaire 92/57 du 27 juin 1992 (« chantiers temporaires et mobiles ») impose une coordination entre entreprises intervenant sur un même chantier de bâtiment ou de génie civil pour tout ce qui intéresse la santé et la sécurité des travailleurs[27]. Cette coordination implique la désignation d'un coordonnateur, dont la mission et les pouvoirs sont définis contractuellement, la mise en place éventuelle d'un collège interentreprises auquel participent avec voix consultative des salariés employés sur le chantier, et l'assujettissement des travailleurs indépendants à certaines dispositions du Code du travail. Ces dispositions donnent une consistance sociale à l'idée de coactivité, dont certains auteurs ont déjà souligné la fécondité au regard du droit du travail[28].

La loi française impose en certains cas (spécialement en matière de santé et de sécurité) des règles de partage ou de coordination des responsabilités entre entreprises inscrites dans un même réseau ou travaillant sur un même site ou sur un même chantier ; il en est de même en Grande-Bretagne. Ainsi, le Code du travail impose la responsabilité solidaire des deux entreprises en matière de travail clandestin (art. L. 324-10 et L. 324-13-1) ou de sous-entreprise (art. L. 125-2), ou d'infraction à la réglementation de la durée du travail en matière de transport routier.

En Espagne, la réglementation sociale des contrats de louage d'ouvrage et des contrats de sous-traitance du travail ne prévoit pas que le donneur d'ordre puisse être considéré comme l'employeur des travailleurs du contractant ou du sous-traitant, mais le rend garant de la solvabilité de

l'employeur. Cette garantie n'est toutefois applicable qu'aux contrats de louage d'ouvrage ou aux contrats de sous-traitance « concernant l'activité principale » du donneur d'ordre (art. 42 du Statut des travailleurs).

La question d'avenir qui se pose déjà en droit du travail est donc celle des incidences de l'inscription de plusieurs entreprises dans un même réseau (fonctionnel ou territorial) sur le statut des travailleurs employés par ce réseau. Sauf hypothèse extrême (gestion de fait de l'entreprise sous-traitante par le donneur d'ordre), l'autonomie juridique et économique du sous-traitant interdit d'établir un lien de droit direct entre le donneur d'ordre et les salariés du sous-traitant. Mais la dépendance économique du sous-traitant vis-à-vis du donneur d'ordre peut conduire à mettre en certaines hypothèses ce principe en échec. Des recherches plus approfondies seraient donc les bienvenues sur les relations triangulaires qui se développent en pratique entre donneurs d'ordre, entreprises dépendantes et salariés de ces entreprises. D'une manière générale, il convient de rendre le droit du travail plus effectif dans le cadre des réseaux d'entreprises. Il faut souligner dans cette perspective l'intérêt des normes ISO qui sont de nature à favoriser l'accès à la formation pour les travailleurs dans ces réseaux d'entreprises.

Conclusions

On observe une diversité croissante des types de contrats rémunérant le travail. Une première classification permettrait de distinguer trois catégories :

a) les salariés traditionnels qui travaillent sur la base d'un contrat de travail où la subordination est essentielle ;
b) d'autres contrats stipulant la réalisation d'un travail en échange d'une rémunération ;
c) les entrepreneurs indépendants.

La deuxième catégorie *(b)* semble appelée à se développer, bien que ce développement ne soit pas encore considérable en termes quantitatifs. Cet essor de contrats de libre collaboration, assujettis tantôt à la législation de la Sécurité sociale, tantôt à la législation du travail et tantôt au droit commercial, pose une question cruciale pour l'avenir du droit du travail. La vision traditionnelle veut que le droit du travail ne s'applique que dans les cas où le travailleur est en situation de subordination stricte. Toutefois, il serait opportun d'étendre ce champ d'application, dans certaines

circonstances, afin d'y inclure d'autres types de relations de travail. La perspective est donc celle d'un droit commun du travail, dont certaines branches pourraient en revanche être adaptées à la diversité des situations de travail (travail subordonné au sens traditionnel ; travail « parasubordonné », *i.e.* économiquement dépendant). Dans cette perspective, il convient cependant de ne pas séparer les questions de droit du travail et celles de Sécurité sociale, qui sont les deux faces indissociables du statut professionnel. (Voir chapitre II.) Il est possible que l'Union européenne puisse jouer un rôle dans la formulation de règles fondamentales pour assurer cette protection de base à tous ceux qui travaillent dans des conditions de dépendance économique.

D'une manière générale, nous estimons qu'il convient d'éviter l'existence d'un clivage entre les salariés bien protégés par un contrat de travail et les personnes travaillant sous des contrats d'un autre type leur conférant une protection inférieure. L'une des fonctions historiques fondamentales du droit du travail a été d'assurer les conditions de la cohésion sociale. Cette fonction ne pourra continuer d'être remplie que dans la mesure où le droit du travail épouse l'évolution des formes d'organisation du travail dans la société contemporaine et ne se replie pas sur celles qui lui ont donné naissance, et qui sont aujourd'hui en déclin.

Chapitre II

Travail et statut professionnel

Le statut professionnel édifié au fil des ans par le droit du travail et de la Sécurité sociale correspondait au régime fordiste de production, tel qu'il s'articule dans ses différentes variantes déjà mentionnées au chapitre I. Statut relativement homogène et stable, dont l'idéal type était celui d'un père de famille gagnant le pain du ménage qui, après une formation professionnelle initiale relativement courte, occupait durablement le même emploi ou le même type d'emploi dans la même entreprise ou au moins la même branche professionnelle, avant de prendre une retraite méritée quelques années avant sa mort. Les modalités de la carrière professionnelle variaient toutefois en fonction de l'importance de l'auto-emploi et des microentreprises (typiques des pays de l'Europe du Sud et liées à la persistance d'un modèle familial, protégeant les jeunes adultes d'une entrée plus difficile dans le monde du travail) ou, au contraire, de la présence d'un nombre sans cesse croissant de travailleurs étrangers (particulièrement en Allemagne) présentant une trajectoire de formation – insertion – profession clairement diversifiée par rapport à la jeunesse du pays (cela se constate dans l'importance du système de formation duale).

Comme prévu, c'est dans l'Europe du Sud que les schémas « familiaux », inhérents à ce modèle, ont été les plus forts. Nous nous référerons ici aux données concernant le cas italien en particulier, et qui reflètent plus ou moins la situation que connaissent aussi les pays membres de ces régions, particulièrement en ce qui concerne la distribution entre hommes et femmes du chômage et la protection continue du « chef de famille ». En 1991, les pères de famille ne représentaient que 12 % des chômeurs en général et 4 % seulement des chômeurs de longue durée. Le chômage semble ainsi épargner relativement la fonction traditionnelle de « gagne-pain » du père, ce qui permet de renvoyer en revanche à la famille le poids de la solidarité vis-à-vis des femmes et des jeunes sans emploi. La part des dépenses publiques consacrée aux politiques de l'emploi est ainsi en Italie l'une des plus faibles d'Europe (en 1992/1993 : 1,84 % contre 2,99 % en France, 3,95 % en Espagne, 4,19 % en Allemagne, 6,77 % au Danemark).

L'homogénéité de ce statut, tant du point de vue du droit du travail que du droit de la Sécurité sociale, participait de l'établissement entre salariés d'une communauté d'intérêts dont le syndicalisme d'industrie était le représentant naturel.

Le fait que ce statut n'ait jamais bénéficié qu'à une partie des travailleurs n'a cependant pas empêché, bien au contraire, qu'il acquière la force d'une référence pour ceux qui n'en bénéficiaient pas. On a vu ainsi des catégories professionnelles entières (fonctionnaires, travailleurs indépendants, agriculteurs, etc.) revendiquer pour elles soit l'application directe (par assimilation au salariat) soit la transposition à leur profit de tout ou partie de ce statut, aussi bien sur son versant collectif (droit syndical, de grève et de négociation collective) que sur son versant individuel (sécurité du revenu, protection sociale). Cette référence centrale, autour de laquelle ont tendu à s'ordonner toutes les relations de travail, a du reste moins été celle de l'ouvrier que celle de l'employé : l'employé fidélisé qui voue sa vie à une entreprise, laquelle lui assure en retour une « situation stable ».

C'est cette stabilité qui vient à manquer dans les modèles postfordistes d'organisation du travail. Les entreprises exigent toujours beaucoup de leurs salariés, sans doute même beaucoup plus qu'auparavant, en termes de niveau de formation, d'adaptabilité, de capacité d'autonomie, etc. (voir chapitre I). Mais elles ne garantissent plus aucune sécurité en échange. Ainsi les termes de l'échange fondateur du statut salarial – subordination contre sécurité – se trouvent-ils bouleversés sans qu'aient été définis les termes d'un nouvel échange. Or il n'est pas durablement tenable de demander à des travailleurs de s'impliquer toujours plus fortement dans une entreprise qui ne les assure d'aucune espèce d'avenir, ni en elles, ni en dehors d'elles. L'État, auquel est alors renvoyée la question (et les coûts) de la gestion du temps long de la vie professionnelle n'est en effet pas le mieux à même d'y répondre. Son intervention massive, qui pèse lourdement sur les finances publiques, ne peut être que palliative et ne résout pas la question de fond : celle de l'élaboration d'un statut professionnel adapté aux nouveaux modèles de relation de travail.

Là où le modèle fordiste misait sur l'organisation stable de collectifs de travail, ces nouveaux modèles reposent au contraire sur des processus de coordination d'individus mobiles. C'est dire la nécessité (et la difficulté) de concevoir un statut professionnel, qui intègre l'individualisation et la mobilité des carrières professionnelles. Si cette mobilité individuelle doit devenir la caractéristique dominante du monde du travail de demain, des problèmes redoutables vont se poser en droit du travail. En effet, ce droit a eu non seulement pour effet, mais aussi pour but, d'assurer la stabilité de

l'emploi et, par là, d'assurer les travailleurs d'un véritable statut professionnel. Ce dernier objectif n'ayant rien perdu de sa valeur, le problème posé aujourd'hui est d'adapter et non pas de sacrifier le droit du travail au changement.

Ce sont les employeurs qui ont compris les premiers le nouvel impératif de mobilité, et exigé en conséquence une « flexibilité » de la relation de travail. Du point de vue juridique, la notion de flexibilité, issue du vocabulaire du management, n'a pas grand sens. Elle n'en acquiert un que par référence au principe de la liberté professionnelle, entendue sous ses deux faces : la liberté d'entreprendre et la liberté du travail. La revendication de flexibilité peut donc s'entendre en droit comme une demande de revalorisation de la liberté professionnelle dans l'organisation du travail. Le droit du travail doit tenir compte de cette exigence et ne pas faire obstacle à l'évolution des méthodes d'organisation du travail. Mais la question fondamentale qui se pose aujourd'hui n'est pas celle de la « flexibilisation » (déjà largement engagée dans un certain nombre de législations européennes), mais celle de l'harmonisation des nouveaux impératifs de libération du travail avec le besoin non moins impératif qu'a tout travailleur de jouir sur la longue durée d'un véritable *état professionnel*, qui libère justement ses capacités d'initiative individuelle.

Même si aucun pays européen ne semble aujourd'hui être parvenu à instituer un nouveau modèle de relations de travail qui réponde à ces diverses exigences, il existe quelques importantes expériences de transition vers de nouvelles tendances de relations du travail. Il est fondamental de mentionner que, contrairement au stéréotype répandu par les médias d'une prétendue incompatibilité entre des modalités de protection sociale, d'un côté, et la création d'emploi et la flexibilité de l'autre, certaines de ces expériences nationales combinent un haut niveau de protection sociale rénovée avec un taux de chômage faible, au sein d'économies extrêmement dynamiques. C'est, en particulier, le cas du Danemark et des Pays-Bas mais aussi de l'Italie du Nord, de l'Allemagne du Sud ou de l'Autriche qui ont maintenu, de façon persistante, des taux de chômage faibles, inférieurs à ceux (médiatisés) des expériences néolibérales du Royaume-Uni et des États-Unis.

Le Royaume-Uni fait état d'une réduction du chômage : environ un million d'emplois ont été créés au cours des années 1992-1996. La baisse du chômage a été largement favorisée en Grande-Bretagne par des facteurs indépendants du droit du travail, et notamment par le fait que les employeurs n'avaient pas gardé de capacité de travail disponible au cours de la précédente récession. Rien ne prouve pour l'instant que la culture britannique de l'embauche et du licenciement faciles entraîne réellement une croissance de l'emploi en moyenne sur le cycle, même si on peut penser trouver là l'un des facteurs responsables du recul du chômage. Mais l'exemple britannique

pose aussi problème. En effet, l'emploi féminin a crû deux fois plus que l'emploi masculin et le chômage masculin affecte principalement les pères de famille, ce qui a des implications sur les revenus des ménages. L'explication fournie à ce propos est la suivante : le chômage masculin reste élevé car les femmes semblent plus enclines à accepter des emplois atypiques et constituent pour les employeurs une réserve de personnes prêtes à occuper ces emplois. Puis, lorsque l'employeur transforme les emplois temporaires en postes fixes, le travailleur (le plus souvent féminin) garde le poste.

Il est intéressant de constater l'absence de dérive importante, au Royaume-Uni, du travail fixe vers le travail temporaire, même en l'absence de toute restriction légale à ce propos. Alors que le travail temporaire représentait auparavant 5 % du travail total, ce taux n'est passé qu'à environ 7 % dans les années quatre-vingt-dix. Une étude explique cette légère augmentation par le fait que les grandes entreprises préfèrent recourir au marché du travail intérimaire en cas de maladies, vacances ou congés de maternité des membres de leur personnel plutôt que surdimensionner les effectifs. On a certes observé une augmentation du nombre de travailleurs intérimaires, mais le taux de personnes travaillant pour des agences d'intérim est encore inférieur à 0,5 %. En outre, ces agences offrent de plus en plus des postes permanents, car elles s'efforcent de présenter des employés compétents à leurs clients.

L'Espagne se situe pratiquement à l'opposé de cette évolution positive du Royaume-Uni. En effet, le taux élevé de chômage en Espagne va de pair avec un très fort pourcentage de travail temporaire (42 % dans le secteur privé).

En Suède, un pays qui, comparativement, compte un marché du travail hautement réglementé avec un taux de chômage élevé, le collectif des travailleurs temporaires est passé d'environ 250 000 en 1990 à quelque 325 000 personnes en 1995. Les travailleurs indépendants sans employés sont passés d'environ 230 000 personnes en 1988 à environ 270 000 en 1995.

Aucun pays membre ne semble donc aujourd'hui en mesure de proposer une alternative crédible au statut salarial qui demeure la référence du droit du travail. En revanche, chaque pays s'efforce d'adapter ce statut en aménageant des transitions dans une vie de travail dont on ne peut plus aujourd'hui garantir le caractère linéaire. Nous avons donc enquêté sur l'état du droit relativement à ces principales transitions. Cette enquête permet de déceler l'émergence de droits et de catégories juridiques nouvelles, qui sont autant de signes de la gestation d'un statut des travailleurs qui ne repose plus sur la détention d'un emploi, mais sur la continuité d'un état professionnel au-delà de la diversité des emplois occupés. L'originalité de ce nouveau statut est d'ajouter à l'organisation statique de la relation de travail une organisation dynamique des transitions entre des situations de travail successives. L'organisation de ces transitions vise tous les moments où le statut salarial ne peut être adossé à un emploi stable.

Trois principales situations de ce genre peuvent être distinguées ici :

– tout d'abord, la situation de recherche d'emploi, qui peut aussi bien concerner des jeunes à l'issue de leur formation initiale que des chômeurs : à cette situation a répondu l'émergence d'un droit de l'accès à l'emploi ;

– ensuite, la situation de discontinuité de l'emploi, qui peut aussi bien correspondre à des politiques de flexibilité interne (modification ou transformation de l'emploi) qu'à des politiques de flexibilité externe

(recours à l'emploi précaire) : à cette discontinuité de l'emploi, le droit du travail tend à associer aujourd'hui un principe de continuité du statut professionnel ;

– enfin, la situation de suppression d'emploi : c'est le domaine traditionnel du droit du licenciement, qui n'a plus seulement pour objet de défendre les salariés contre la perte des emplois existants, mais aussi de leur offrir de nouvelles opportunités, avec l'émergence d'un droit au reclassement.

Ce tour d'horizon ouvre des perspectives nouvelles pour concevoir un état professionnel des personnes qui combine liberté et sécurité.

Statut professionnel et accès à l'emploi

De la formation initiale à l'emploi

La formation initiale est dispensée tant dans des centres d'enseignement que dans les entreprises. Ses conditions varient selon les États membres de l'Union européenne. Mais tous se sont engagés dans des réformes visant à améliorer la formation professionnelle initiale et à faciliter la transition de la formation initiale à la vie professionnelle.

Le rapprochement de l'école et de l'entreprise

La formation initiale des jeunes fait l'objet de débats qui concernent directement le droit du travail. L'un des principaux enjeux de ces débats est de déterminer la place respective qu'il convient d'accorder à la formation académique, de type scolaire et universitaire, et à la formation en situation de travail. La formation scolaire vise principalement le marché général du travail alors que la formation en entreprise transmet des compétences appropriées à une entreprise en particulier ou à des entreprises de même nature. Et il convient de ne pas perdre de vue ces deux objectifs lorsqu'on parle d'une stratégie systématique. Le développement du chômage des jeunes a conduit plusieurs pays à mettre l'accent sur la formation pratique dispensée en entreprise, et à organiser un rapprochement de l'école et de l'entreprise.

En Suède, une récente proposition du ministère de l'Éducation a ouvert un véritable débat. Il s'agit de permettre aux étudiants de recevoir une formation pratique plutôt que théorique au cours de leur troisième année d'université ; cet apprentissage serait conçu comme partie intégrante du cursus universitaire. Les partenaires sociaux semblent favorables à cette proposition, qui permettrait de plus amples contacts et une meilleure communication entre les écoles et l'industrie et rendrait l'éducation plus flexible.

En France également, la formation professionnelle initiale était principalement de type scolaire, tandis que l'apprentissage ne concernait guère que les artisans. Mais récemment, des efforts ont été faits pour encourager une formation plus pratique. La France a promulgué, en 1990, le droit de chaque travailleur à une qualification professionnelle et en 1993 celui de chaque jeune à une formation spécialisée. Divers contrats de travail spécifiques existent désormais pour assurer une formation en entreprise, en alternance avec une formation théorique (contrat de qualification ; contrat d'insertion professionnelle). Certains de ces contrats sont subventionnés par l'État. Le projet d'intégrer une formation en entreprise à la fin du cursus universitaire (projet dit de « stages diplômants ») a également été avancé. Mais il se heurte encore à de nombreuses réticences, et il n'est pas sûr qu'il soit prochainement mis en œuvre.

Au Royaume-Uni, le gouvernement a introduit la figure de l'apprentissage moderne, mais très peu de jeunes y participent. Dans le cadre des qualifications professionnelles nationales, on met l'accent sur les niveaux spécifiques devant être atteints plutôt que sur des durées particulières. Mais il semble que de moins en moins d'employeurs soient disposés à former un nombre de jeunes supérieur à celui qu'ils souhaitent réellement employer à long terme. On a pu, cependant, constater une croissance rapide du nombre de jeunes inscrits dans des établissements d'enseignement, souvent pour des stages de formation.

Le même problème de manque d'employeurs désireux de former des jeunes se pose aussi en Espagne. Dans ce pays, les contrats de formation, qui ont connu autant de dénominations différentes et successives que de réglementations légales, n'ont jamais rempli de façon satisfaisante leur finalité de formation, fonctionnant plutôt et de façon prédominante comme des figures contractuelles de première insertion des jeunes, précaires et moins rémunérées, et sans espérance de les voir déboucher sur un emploi stable. Malgré cela, et en raison de leur similitude avec d'autres formules contractuelles temporaires d'encouragement à l'emploi, elles ont été relativement peu utilisées. Un faible pourcentage de ces contrats de travail particuliers a débouché sur de véritables embauches.

En Allemagne, le système traditionnel d'apprentissage est aussi en difficulté. En effet, les employeurs sont de moins en moins enclins à former des jeunes. Des apprentissages moins longs ont été réclamés. Certaines conventions collectives récentes essaient d'encourager les entreprises à former des jeunes, moyennant par exemple une réduction des salaires, pouvant atteindre 15 % dans les entreprises formant des jeunes pour la première fois ou en formant davantage que par le passé. Par ailleurs, de nombreuses entreprises allemandes ne sont plus disposées à passer un contrat de travail permanent avec tous leurs apprentis à l'issue de la période de formation.

En ce qui concerne l'Italie, on pourrait dire que la déréglementation du travail s'applique en majorité ou presque exclusivement aux nouveaux arrivants, à savoir les jeunes. Nous pouvons assister, en fait, à une sorte de « précarisation légale » des nouvelles relations du travail. C'est le cas des *contratti de formazione e lavoro*, introduits au début des années quatre-vingt (lois 79/1983 et 863/1984). Ce type de contrat à durée déterminée (d'une durée maximale de deux ans) s'applique seulement aux jeunes (au début de moins de 29 ans, de nos jours de moins de 32 ans), et il peut stipuler des salaires et des conditions de travail qui sont inférieurs à ceux des autres travailleurs, et ce y compris au sein d'une même entreprise ou usine. Il s'agit explicitement d'introduire une sorte d'échange sur le marché du travail : plus d'opportunités d'emplois en échange d'une flexibilité du travail accrue, pour les plus jeunes (le tout assorti d'exemptions fiscales pour les entreprises). À l'expiration du contrat, les employeurs sont libres de décider s'ils embauchent le jeune sous un contrat de travail régulier. De fait, le droit du travail italien pose la condition, pour l'entreprise, de 50 % d'embauches (à savoir, 50 % de ces *contratti de formazione e lavoro* doivent déboucher sur des contrats de travail réguliers, à expiration) pour avoir le droit d'utiliser de nouveaux *contratti de formazione e lavoro*. En 1994, le quota de ces CFL confirmés s'élevait à 60 %.

Il convient de souligner comme facteur de précarité de l'emploi le fait que ces jeunes travailleurs embauchés sous ces contrats ne sont pas comptés dans les effectifs de l'entreprise. Or, cet effectif est légalement déterminant pour l'application du « Statuto di Lavoratori » (loi 300/1970) qui ne s'applique, en Italie, qu'aux entreprises de plus de quinze employés.

Enfin, des contrats d'apprentissage ont été récemment soutenus et subventionnés par le gouvernement italien, dans le but d'augmenter les chances des jeunes d'accéder au marché du travail.

On peut ainsi observer une certaine tendance en Europe à considérer les entreprises non plus comme de simples centres de *production*, mais aussi comme des centres de *formation.* Une nation ne se forme pas uniquement sur les bancs des écoles, mais aussi dans les entreprises. Cette idée devrait être promue dans tous les secteurs de la législation sociale et du travail.

Les contrats propres au premier emploi

Pour établir un pont entre la formation professionnelle et l'emploi, on peut aussi s'en tenir à des contrats qui n'ont pas d'objet pédagogique, mais tiennent compte de la plus faible productivité des jeunes accédant à leur premier emploi. Ce type de contrat autorise les employeurs à rémunérer ces jeunes au-dessous du salaire minimal légal ou conventionnel.

En Espagne, certaines conventions collectives ont permis de fixer une rétribution inférieure pour les nouvelles embauches : c'est le problème de ce que l'on nomme la « double échelle salariale », qui sépare les rémunérations des travailleurs déjà sous contrat de ceux qui s'intègrent à l'entreprise, à partir de l'entrée en vigueur de cette convention collective. Il s'agit maintenant de savoir si cette réglementation conventionnelle collective est conforme ou non au principe constitutionnel d'équité. La doctrine judiciaire est loin d'être unanime et la question n'a pas encore été tranchée par le tribunal constitutionnel.

Le gouvernement français a aussi essayé d'introduire, en 1993, un contrat spécial pour lutter contre le chômage des jeunes prévoyant une formation optionnelle et un salaire inférieur au salaire minimum, mais les protestations des étudiants ont freiné cette initiative.

Dans l'industrie chimique allemande, un accord collectif a été adopté, permettant une réduction de 10 % du salaire des anciens chômeurs de longue durée pendant la première phase de leur nouvel emploi. La réglementation du salaire minimum en Grande-Bretagne exclura probablement les apprentis.

Du chômage à l'emploi

Tant que le chômage est demeuré de faible amplitude et de faible durée, il a pu être envisagé comme un risque passager dans une carrière professionnelle linéaire. Ce risque a été pris en charge selon une logique assurantielle, en garantissant aux travailleurs un revenu indexé sur leur salaire d'activité jusqu'à ce qu'ils retrouvent un emploi correspondant à leur qualification. L'installation d'un chômage de masse et de longue durée conduit aujourd'hui à remettre en cause cette conception du chômage. Le devoir de travailler émerge aujourd'hui comme la contrepartie du revenu garanti aux chômeurs ; composante nouvelle du statut professionnel, il signifie que le travailleur doit être prêt à changer de métier, ou à occuper un emploi moins bien rémunéré que celui qu'il a perdu. Conjuguées à cette pression exercée sur les chômeurs, des incitations à l'embauche ont été développées en direction des employeurs, sous la forme d'emplois subventionnés. On a voulu faire de ce nouveau type d'emplois des

passerelles entre le chômage et l'emploi, sans prendre toujours la mesure de leurs nombreux effets pervers.

Le devoir de travailler

L'objectif explicite des politiques conduites par les États membres de l'Union européenne est de parvenir au taux d'emploi le plus élevé possible. Mais vers quoi doit tendre l'emploi ? S'agit-il de garantir un certain revenu ou de garantir également un statut professionnel ? L'analyse des changements en cours montre une dérive de la notion de profession, définie par la qualification, vers celle de poste de travail pour lequel le seul étalon est l'argent.

Cette évolution apparaît nettement à l'analyse des critères ouvrant droit aux allocations de chômage et aux pensions qui font une place croissante à la capacité de gain de l'allocataire, et une place décroissante à sa profession antérieure. Cette tendance montre bien que l'on renonce, partiellement ou totalement, à assurer la continuité de l'exercice d'une même profession, pour s'en tenir à une appréciation quantitative et monétaire de la situation des personnes sur le marché de l'emploi. Auparavant, dans tous les pays, on jugeait l'opportunité de la candidature d'un chômeur à un poste de travail en fonction, du moins partiellement, de la profession du candidat en question. Désormais, on accorde de plus en plus d'importance au niveau de salaire.

Au Royaume-Uni, un certain délai (de trois mois en général pour les travailleurs spécialisés) était traditionnellement accordé aux chômeurs pour leur permettre de trouver un poste de travail dans leur domaine professionnel usuel. Désormais, ils sont contraints d'accepter n'importe quel poste, voire un emploi non spécialisé, s'ils ne veulent pas perdre leurs allocations de chômage.

En Suède, autrefois, on ne demandait pas en pratique à un chômeur (en particulier à un col blanc) d'accepter un emploi ne correspondant pas à sa profession antérieure. Cette pratique a changé, et on attend désormais de lui qu'il accepte n'importe quel emploi dès lors que le salaire proposé n'est pas inférieur à 90 % des allocations de chômage. Le point critique, cependant, est très lié à la capacité de trouver un nouvel équilibre entre la main-d'œuvre en phase de formation et celle occupant des emplois sur le marché du travail régulier. Un des grands défis consiste, en d'autres termes, à éviter le risque d'inflation qui fait suite à une raréfaction de la main-d'œuvre, en raison de vastes formations et de programmes d'enseignement. Des mutations cycliques, courtes et relativement rapides, sur le marché du travail rendent très difficile le maintien constant de cet équilibre entre l'offre et la demande de main-d'œuvre. Les programmes de formation et d'enseignement ont souvent des objectifs à long terme.

Cette évolution se retrouve dans tous les pays, la seule différence étant le niveau de salaire acceptable. En Espagne et en France, le salaire doit être le salaire normal du secteur concerné. L'Espagne ne tient pas compte du dernier salaire perçu ni du montant des allocations de chômage. En France, le salaire proposé ne doit pas être inférieur à 80 % du dernier salaire perçu. En Allemagne, une personne peut refuser un poste, au cours

de la première période de chômage, si le salaire proposé est inférieur à 80 % du dernier salaire, au cours d'une période ultérieure s'il est inférieur à 70 % et après six mois de chômage s'il est inférieur aux allocations de chômage.

En ce qui concerne les pensions d'invalidité allouées en cas de capacité réduite de gain, la tendance semble un peu plus contrastée.

En France, les invalides ne sont pas soumis à un contrôle de recherche d'emploi. Mais les règles de calcul de ces pensions tiennent compte de la capacité résiduelle de travail de l'invalide, qu'il mette ou non ces capacités en œuvre. N'est invalide que celui qui se trouve hors d'état de se procurer *dans une profession quelconque* un salaire supérieur au tiers de la rémunération normale de la profession qu'il exerçait. Et les invalides qui, malgré cette incapacité des deux tiers, sont capables d'avoir une activité rémunérée, perçoivent une pension seulement égale à 30 % de leur rémunération antérieure.
En Espagne, l'invalidité, à ses degrés différents, se mesure en fonction de la capacité de l'invalide à exercer sa profession habituelle ou tout autre travail. La récente loi de consolidation et de rationalisation du système de Sécurité sociale de 1997 tend à objectiver les degrés de l'incapacité permanente – le pourcentage de réduction de la capacité de travail de l'invalide serait évalué en fonction d'une liste de maladies approuvée de façon réglementaire – et élargit le concept de profession habituelle sur lequel repose la détermination de ces degrés. En effet, ce projet considère celle-ci comme étant « la profession qu'exerçait l'intéressé ou le *groupe professionnel* dans lequel elle s'inscrivait avant que ne se produise le fait responsable de l'incapacité permanente ».

Les subventions à l'emploi

La politique dite d'activation des dépenses publiques en matière d'emploi semble avoir été expérimentée dans la plupart des pays européens. L'idée est de consacrer l'argent public, et d'abord les ressources de l'assurance chômage, au financement de l'emploi plutôt qu'à l'entretien des chômeurs. En pratique, cela conduit à subventionner l'emploi. Deux directions ont été empruntées à cet effet. La première consiste à encourager l'emploi dans le secteur marchand en apportant une aide financière aux entreprises qui embauchent. La seconde consiste à encourager l'émergence de nouveaux types d'emploi dans le secteur non marchand.

On assiste ainsi dans tous les pays à la multiplication de contrats de travail subventionnés pour les chômeurs, bien que l'importance des subventions et le nombre de personnes en profitant varient fortement. Les subventions proviennent parfois de l'assurance chômage et parfois de fonds publics.

Contrats subventionnés dans le secteur marchand

Ce premier type de subventions vise à abaisser le coût du travail pour les employeurs susceptibles d'embaucher de nouveaux salariés. D'abord conçues comme des expédients temporaires, ces aides se sont durablement installées en droit du travail, et ont été dans certains cas définitivement

attachées à certaines formes d'emploi que les pouvoirs publics souhaitent encourager parce qu'elles permettent une réduction plus grande du nombre de chômeurs (ex. les emplois à temps partiel).

En Allemagne, les aides à l'emploi des chômeurs ont surtout visé le secteur non marchand. Cependant, cette méthode est de plus en plus critiquée, car ce travail se situe hors du cycle économique normal et peut même entrer en concurrence avec ce dernier, et y précipiter la disparition d'emplois non subventionnés. Aussi essaye-t-on maintenant par exemple d'inciter les entreprises à embaucher des chômeurs éprouvant des difficultés particulières de réinsertion (comme les handicapés ou les personnes âgées) moyennant des subventions pouvant atteindre 50 % du salaire pendant vingt-quatre mois. Ces sommes sont versées aux employeurs.

En Espagne, jusqu'au Pacte pour la stabilité de l'emploi, négocié entre les syndicats les plus représentatifs et le patronat en avril 1997 et repris depuis par un décret loi royal d'août 1997, ont été développés des programmes annuels d'aides à l'emploi dans les entreprises. Ces programmes visent les handicapés, les chômeurs de longue durée (plus d'un an) ou les personnes âgées (plus de 45 ans). Les contrats ont une durée allant de 1 à 3 ans et l'avantage pour l'employeur consiste en une réduction des cotisations de Sécurité sociale. Des subventions sont aussi versées lorsqu'une entreprise engage son premier employé ou transforme des emplois temporaires en emplois permanents. Mais ces contrats ne sont que très peu utilisés. La politique espagnole de l'emploi maintient les programmes d'embauche temporaire pour les handicapés. De plus, le Pacte pour la stabilité de l'emploi, cité plus haut, prétend dépasser le caractère saisonnier de l'embauche, en subventionnant – et en réduisant certaines des indemnités de licenciement – l'embauche stable de collectifs de chômeurs et de travailleurs saisonniers, grâce à la création d'une nouvelle formule contractuelle : le « contrat pour l'encouragement de l'embauche à durée indéterminée ».

On trouve aussi en France le même genre de contrats subventionnés (par une réduction des cotisations de Sécurité sociale ou le versement aux employeurs d'une subvention égale à la prestation de chômage que le chômeur aurait perçue), mais ils n'ont abouti, dans le temps, qu'à un transfert du chômage entre les différentes catégories de travailleurs et pas à une véritable relance de l'emploi. L'assurance chômage française octroie aussi une aide aux chômeurs souhaitant lancer leur propre affaire ou s'installer à leur compte en tant que travailleurs indépendants. Il est aussi possible en France de faire du bénévolat, de la formation, d'occuper des postes temporaires ou à temps partiel tout en continuant à percevoir des allocations de chômage. Cette mesure a été conçue pour accroître les opportunités des chômeurs de retrouver des postes permanents à l'avenir. Cette possibilité n'est offerte que dans des limites très strictes en Allemagne.

En Belgique, de nombreux plans de promotion de l'emploi prévoient, depuis le début de la crise, des subventions à l'embauche. Ces plans ouvrent soit des réductions de cotisations à la Sécurité sociale, soit des formules de cofinancement où interviennent les pouvoirs publics. Ces plans sont le plus souvent destinés sélectivement à des populations cibles (chômeurs de longue durée ou jeunes par exemple).

Au Royaume-Uni, jusqu'à une date récente, seules quelques expériences locales de subventions à l'emploi ont été appliquées. Toutefois, à partir du 1er avril 1998, un nouveau programme de garantie destiné aux jeunes de moins de 25 ans comporte une option de subvention à l'emploi, à l'instar d'un schéma similaire pour les adultes de plus de 25 ans se trouvant sans emploi depuis plus de deux ans. L'expérience des subventions à l'emploi montre que leur efficacité en termes de création d'emplois décroît au fur et à mesure qu'augmente le nombre de ces emplois subventionnés. Les plans les plus efficaces ont débouché sur un emploi pour trois subventions à l'emploi, avec des résultats moyens plus proches d'un emploi pour cinq subventions.

La Suède constitue un exemple de pays ayant élaboré un très grand nombre de programmes afférents au marché du travail, sans qu'il y ait encore de signe d'amélioration de la situation de l'emploi. Dans le système suédois, les chômeurs perçoivent une allocation pendant trois cents jours puis sont obligés de participer à l'un des programmes de réinsertion sur le marché du travail pendant six mois pour pouvoir prétendre à une nouvelle allocation de chômage de trois cents jours. Les indemnités de formation sont égales aux allocations de chômage. Une proposition gouvernementale visant à ce que la Sécurité sociale prenne le relais des paiements après une certaine limite a été

retirée suite au tollé qu'elle a suscité. Parmi les différents programmes suédois, on peut notamment citer : des systèmes d'expérience de travail, la formation à l'emploi, l'introduction sur le site de travail, le travail public temporaire, les centres informatiques, les programmes municipaux pour la jeunesse, les allocations de salaires, les allocations de recrutement, l'emploi protégé auprès d'employeurs publics, les bourses de démarrage et toutes sortes de programmes de formation. On a pu constater, toutefois, une tendance positive des chiffres de l'emploi en Suède en 1998.

Les politiques de subvention directe de l'emploi sur le marché du travail ont révélé aujourd'hui leurs nombreux effets pervers (effets d'aubaine, effets de substitution) et leur inefficacité pour réduire durablement le chômage. Du point de vue juridique, les aides publiques à l'emploi pourraient de plus se révéler contraires aux principes du droit communautaire en matière de concurrence[1]. On peut donc douter que l'aide directe aux entreprises soit une voie d'avenir. L'aide publique devrait plutôt s'inscrire dans la construction de véritables trajectoires professionnelles, dans une politique d'égalité des chances sur le marché du travail, et créer des opportunités pour les travailleurs eux-mêmes. On peut douter à cet égard du bien-fondé des politiques de ciblage direct de ces aides selon des critères socio-économiques. Ce ciblage contribue à la dualisation du salariat et au développement d'emplois de seconde zone. Mieux vaudrait sans doute partir d'une conception dynamique de la liberté du travail, et offrir également à tous les travailleurs des opportunités nouvelles. L'aide publique au financement de congés spéciaux, notamment dans les domaines de la formation, de la vie familiale ou de la création d'entreprises pourrait tout à la fois créer des opportunités d'activités nouvelles pour les bénéficiaires de ces congés et des opportunités d'embauche pour les chômeurs.

Contrats subventionnés dans le secteur non marchand

L'idée générale a été ici d'explorer de « nouveaux gisements d'emploi ». Il s'agit d'emplois correspondant à des besoins collectifs non satisfaits, ou imparfaitement satisfaits, dans le secteur marchand. L'argent public sert à « alimenter la pompe » de la création de ce type d'emplois, en espérant qu'elle fonctionnera ensuite d'elle-même dans le secteur associatif, le secteur public ou le secteur marchand.

Au Royaume-Uni, on constate un intérêt croissant pour le marché intermédiaire qui assure une transition au bénéfice de ceux qui ont été privés d'emploi pendant une certaine période. Les caractéristiques fondamentales en sont l'investissement dans un emploi socialement utile (des projets d'économies d'énergie dans les logements publics, par exemple) et un salaire plutôt qu'une allocation chômage. L'efficacité de ces actions dépend de l'aptitude des chefs de ces entreprises d'insertion à réduire la part des financements publics, afin de rendre le projet viable.

En Espagne, les chômeurs sont obligés de réaliser des tâches sociales, sous peine de perdre leurs allocations de chômage. Il existe des accords particuliers entre l'Agence nationale pour l'emploi et des organismes publics ou des fondations caritatives offrant des emplois temporaires d'intérêt

public. Les chômeurs qui travaillent sous la modalité du « contrat de collaboration sociale » ne sont pas titulaires d'un contrat de travail et peuvent continuer à percevoir leurs allocations de chômage.
En Belgique, des « agences locales pour l'emploi » (ALE) ont été créées. Elles sont destinées à promouvoir le travail des chômeurs de longue durée. Tous les chômeurs complets de plus de trois ans y sont automatiquement inscrits. Les chômeurs sont susceptibles d'être appelés pour effectuer des prestations à 150 FB de l'heure, tout en conservant leur allocation de chômage, pour un maximum de quarante-cinq heures de travail par mois. Ce travail consiste en la réalisation de tâches qui n'auraient pas été effectuées d'une autre façon et aussi en des fonctions propres au marché primaire du travail. Il s'agit d'aider les personnes à domicile, de faire des travaux de jardinage, de s'occuper d'enfants, d'aider des organismes bénévoles ou d'enseignement, les autorités locales – particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement – et de réaliser des travaux agricoles saisonniers. En pratique, le développement de ces agences locales pour l'emploi (système généralisé par la loi du 30 mars 1994) rencontre un succès mitigé, avec de fortes disparités locales. Même si l'objectif ultime est de faciliter le retour des chômeurs de longue durée sur le marché normal du travail, l'expérience montre que la plupart des personnes restent dans ce système de travail subventionné.
En France, l'expérience des travaux d'utilité collective, puis des contrats emploi solidarité a répondu à une logique similaire. Des aides sociales ou fiscales ont par ailleurs encouragé le développement des services aux personnes, notamment aux emplois de maison. Un nouveau pas a été franchi dans cette direction avec la création fin 1997 d'« emplois-jeunes » d'intérêt général, correspondant à des métiers précis dans le domaine de l'éducation, de l'environnement, etc. La nouveauté est qu'il s'agit d'emplois à temps plein d'une durée longue (cinq ans). On espère ainsi éviter un certain nombre des effets pervers engendrés par les formules précédentes (précarisation de l'emploi public ; avantages procurés aux hauts revenus).
L'Italie connaît les *lavori socialmente utili* (LSU) qui sont de petits emplois à horaires réduits dont le coût est presque entièrement pris en charge par l'État. Initialement réservé au travail dans les services sociaux, ce type d'occupation subventionnée a été étendu aux entreprises publiques et à l'Administration par une loi de 1996.

L'enjeu de ces politiques est la constitution de ce secteur non marchand, dans lequel certains voient un « second marché du travail ». La question se pose de savoir qui va déterminer les règles, et gérer quotidiennement ce « second marché du travail ». On sait que les États-Unis ont déjà répondu à cette question en mettant en place un régime de *Workfare*, dont les entreprises privées et les pouvoirs publics sont les maîtres d'œuvre ; le Royaume-Uni semble engagé sur le même chemin. La tendance belge est plutôt de refuser le travail obligatoire pour le chômeur, et de permettre aux partenaires sociaux (syndicats et patronat) de gérer le second marché du travail, en liaison avec les pouvoirs publics locaux. Cette option peut paraître intéressante, à la condition que les « seconds marchés » puissent servir de point de jonction entre de *nouvelles* offres et demandes de travail. En ce dernier sens, les « seconds marchés du travail » pourraient se mettre au service de l'économie solidaire ou de l'économie de proximité, et s'insérer dans une dynamique sociale, dans un projet concerté. Il s'agirait dans ce cas non d'instaurer un marché du travail au rabais, faisant concurrence au premier, mais un marché s'inscrivant dans une dynamique visant à couvrir des besoins collectifs qui ne sont pas couverts par le premier marché.

Discontinuité de l'emploi et continuité du statut professionnel

Les politiques de flexibilité conduisent à multiplier les situations d'emploi discontinu, dans lesquelles des périodes de travail succèdent pour le salarié à des périodes d'inactivité. Cette tendance s'exprime principalement en cas de succession de contrats de travail à durée déterminée ou de missions de travail intérimaire, ou en cas de travail intermittent. Des contrats successifs peuvent ainsi être conclus avec le même employeur ou avec des employeurs différents.

On observe dans la législation de plusieurs pays l'émergence de dispositions qui visent à assurer une certaine continuité de la relation de travail au-delà de cette discontinuité des emplois.

L'expérience italienne de la Cassa Integrazione Guadagni a représenté l'une des premières formes juridiques visant à combiner la restructuration des entreprises et la continuité du statut des salariés touchés par ces restructurations. Formellement, le salarié inscrit à cette Caisse reste lié à son entreprise, mais sa rémunération est assurée (à hauteur de 80 % de taux de remplacement) par des fonds publics (ceux de l'Institut national de la prévoyance sociale). Il convient toutefois de remarquer que ce Fonds a fonctionné comme une caisse d'assurance chômage pour une frange réduite des « secteurs primaires » au cours des deux dernières décennies. Certains auteurs soulignent que, de fait, le mécanisme de la CIG a atteint une forme de macroflexibilité pour les réductions d'emplois des entreprises.
De nos jours, le projet est de la remplacer par un système comportant les trois niveaux suivants : 1°) une assurance de revenus en cas de suspension temporaire de l'emploi ; cette assurance pourrait couvrir aussi les travailleurs indépendants ; 2°) une assurance chômage pour les salariés ayant perdu leur emploi ; 3°) une assistance sociale pour les sans-emploi non couverts par l'assurance. (Il faut toutefois souligner que cette troisième forme d'allocation chômage, ne dépendant pas du statut professionnel préalable, est encore en phase d'évaluation en Italie.)

L'idée qui se développe aujourd'hui est de permettre au salarié d'alterner dans de bonnes conditions de sécurité économique des périodes de travail en entreprise avec des périodes de formation ou de congés. Cette idée est à la base de la proposition de « contrat d'activité » avancée en France par le rapport Boissonnat[2]. Cette recherche de la continuité du statut professionnel se présente sous un jour différent selon qu'elle vise une mobilité au sein d'une même entreprise ou une mobilité entre plusieurs entreprises.

D'un emploi à l'autre au sein d'une même entreprise

Au sein d'une même entreprise, le modèle de la carrière linéaire peut connaître deux types d'entorses. Il y a tout d'abord le cas où, pour des raisons techniques ou économiques, l'emploi occupé est substantiellement transformé. Le droit du travail peut favoriser en pareil cas ce qu'on appelle les politiques de flexibilité interne, consistant à organiser la mobilité

interne des salariés, plutôt que d'en licencier certains pour en embaucher d'autres. Il y a en second lieu le cas où, dans le cadre d'une politique de flexibilité externe, des contrats de travail précaires se succèdent au sein d'une même entreprise. La question se pose alors de savoir si cette succession peut être génératrice de droits pour le salarié.

Modifications de l'emploi

Nous voulions examiner ce qu'il en était de l'influence des modèles dits de flexibilité interne (ex. le modèle japonais) consistant à s'adapter aux contraintes économiques dans le cadre des relations de travail plutôt que par le licenciement. On observe deux évolutions opposées au sein de l'Union européenne. Dans les systèmes nationaux traditionnellement plus flexibles, la mise en œuvre de la législation européenne a réduit ou va légèrement réduire cette flexibilité, alors que les systèmes traditionnellement moins flexibles tendent à adoucir les restrictions légales.

Au Royaume-Uni, c'est la liberté contractuelle qui préside à la détermination du temps et des conditions de travail. Il est assez rare par exemple de trouver des accords sur le nombre annuel d'heures de travail. Cette liberté va se trouver réduite par la mise en œuvre de la directive sur le temps de travail, qui est entrée en vigueur en octobre 1998. Malgré cette flexibilité, rares sont les cas où des licenciements sont évités par une modification des termes et conditions de travail. Dans quelques entreprises, les employés ont accepté de réduire le nombre d'heures de travail pour éviter des licenciements. L'assurance chômage, qui ne reconnaît pas le chômage partiel, représente un obstacle à ce type d'accords. Par ailleurs, le fait que les licenciements sont très souvent imputables non seulement à un excès de travailleurs, mais aussi à l'inadéquation de leurs compétences, représente, compte tenu de l'absence de toute obligation patronale d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, un obstacle supplémentaire.

En Suède, peu de place est laissé aux accords individuels, et les employeurs ne peuvent modifier unilatéralement la teneur des contrats de travail. Mais les conventions collectives stipulent que les travailleurs manuels doivent réaliser toutes les tâches qu'ils sont censés faire et qui sont envisagées par la convention en vigueur. La mise en œuvre de la législation européenne a plutôt renforcé les droits fondamentaux et individuels des salariés au détriment du statut collectif du travail.

La législation allemande ne s'est pas ouverte jusqu'à présent au modèle de flexibilité interne. Il existe par exemple une norme selon laquelle les emplois à temps partiel doivent toujours stipuler un certain nombre d'heures ; il est permis de modifier les horaires, mais non les conditions d'un emploi à temps partiel. Diverses conventions collectives ont cependant introduit une plus grande liberté. Elles permettent aux employeurs de convenir, avec les représentants des travailleurs dans l'entreprise, de la réduction du temps de travail et/ou des salaires, dans certaines limites et pendant une certaine période, si l'employeur s'engage à ne pas licencier pendant cette période. Certaines conventions collectives ont aussi introduit la flexibilité des horaires de travail, de telle façon que l'utilisation de la main-d'œuvre puisse être ajustée aux besoins de l'entreprise sans réduire les salaires ou payer d'heures supplémentaires.

En France, il est désormais possible, dans le cadre des conventions collectives, d'introduire une grande flexibilité dans l'organisation du temps de travail. En outre, la loi a favorisé la révision des conventions collectives, et la jurisprudence encourage fortement tout ce qui va dans le sens de la flexibilité interne ; elle ne permet pas au salarié d'opposer un refus individuel aux modifications du statut collectif du travail, tel qu'il résulte des usages ou de la convention collective. En revanche, le contrat de travail individuel ne peut être modifié sans l'accord du salarié, et l'employeur a le devoir

d'adapter le salarié aux transformations de son emploi. Mais si la modification proposée a un motif légitime, l'employeur peut licencier l'employé qui la refuse. Une jurisprudence récente décide : *a)* que la détermination de la convention collective la plus favorable au salarié doit tenir compte des intérêts de l'ensemble des salariés, et non pas de tel ou tel d'entre eux ; *b)* que cette appréciation doit prendre en compte une éventuelle garantie de maintien de l'emploi. Ainsi, la modification d'un accord d'entreprise prévoyant une baisse de rémunération en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi a pu être jugée plus favorable aux salariés[3].

En Espagne, la loi de 1994 a également introduit davantage de flexibilité au niveau du temps de travail, des salaires et des modifications contractuelles et les contrats peuvent être substantiellement modifiés sans autorisation administrative. Ces modifications doivent être justifiées par des raisons économiques, techniques, de production ou d'organisation et les représentants des employés doivent être consultés en cas de modifications collectives. Il est désormais possible de modifier les conditions tenant au lieu de travail, aux jours de travail, au temps de travail, aux systèmes de travail posté ou de salaires ou aux fonctions, sans l'accord de l'employé. Si l'employé n'est pas d'accord, il est invité à partir.

Le système italien des relations industrielles, tout en constituant, jusqu'à nos jours, un système valide de protection du travailleur contre les risques de réduction d'effectifs, rendant plus difficile pour les entreprises les licenciements individuels, a en même temps assuré un très haut niveau de flexibilité fonctionnelle au sein du processus de production. En Italie, de fait, même au sein de grandes usines, l'ancienneté n'a jamais constitué un élément de rigidité des relations de travail, comme c'est le cas aux États-Unis, par exemple. Tout au contraire, la mobilité interne a toujours été considérée, en Italie, comme une forme de qualification supérieure, tant par les travailleurs que par les syndicats. Au cours des années soixante-dix, la plupart des conventions collectives stipulaient le principe selon lequel la rotation des emplois sur plusieurs postes de travail devait constituer une précondition pour accéder à des postes plus élevés dans l'échelle interne des emplois.

Récemment, la « loi Bassanini », comme on l'a surnommée, qui a réformé le statut de l'emploi des fonctionnaires, comporte une réglementation nouvelle relativement à la mobilité de ces employés. C'est là une innovation de grande envergure pour la fonction publique italienne, car la loi prévoit que les fonctionnaires, en cas de sureffectifs, peuvent être mutés vers d'autres emplois et fonctions au sein du secteur des administrations publiques, et même vers une zone territoriale différente de la leur. La loi reconnaît aux travailleurs le droit de refuser ces mutations ; toutefois, après trois refus, ils peuvent être licenciés.

Succession d'emplois

Nous nous sommes demandé s'il existait des dispositions permettant de calculer le nombre d'années de services sans tenir compte de la discontinuité des contrats de travail successifs avec un même employeur.

En Suède, la législation dispose que le congé parental, le service militaire, l'éducation et la formation n'interrompent pas la relation de travail (la situation des « travailleurs atypiques » est plus difficile). Le travail à temps partiel étant considéré comme un travail normal, la même règle est appliquée. Des dispositions semblables se retrouvent en droit français et en droit belge.

Au Royaume-Uni au contraire, l'employé doit passer un accord avec l'employeur s'il interrompt son travail en cas de congé parental, de service civil ou de travail bénévole et s'il souhaite que son travail soit considéré comme continu. (Seul le congé de maternité d'une durée de quarante semaines au plus bénéficie d'un régime légal plus favorable.) Bien sûr, ces accords ne sont pas fréquents.

Dans certains cas, en Suède, en France et en Grande-Bretagne, une fois franchies certaines limites, des contrats à durée déterminée consécutifs peuvent être requalifiés en un seul contrat à durée indéterminée. Mais en France, plusieurs contrats à durée déterminée peuvent se succéder s'il existe entre eux une période minimale d'inactivité. Dans ce cas, tous les contrats sont considérés comme des contrats différents à durée déterminée (avec discontinuité de service).

En Espagne, divers contrats consécutifs passés avec le même employeur ne s'additionnent généralement pas dans le calcul des années de service. Il y a quelques exceptions : les cas d'emplois

devenant permanents, les contrats de formation, les contrats subventionnés ou lorsqu'il y a fraude de la loi.

D'un emploi à l'autre au service d'une pluralité d'entreprises

Emploi unique au service de plusieurs employeurs

En certaines hypothèses, la loi voit une relation de travail unique dans un travail accompli au service d'employeurs juridiquement distincts.

• Cette possibilité s'offre tout d'abord dans le cas des *groupes d'entreprises*.

Certains États membres ne reconnaissent pas en pareil cas l'existence de plusieurs employeurs alors que d'autres l'admettent en partie ou totalement.

Alors qu'en Allemagne les relations du travail avec diverses sociétés d'un même groupe sont généralement traitées séparément, la même règle connaît diverses exceptions en Espagne si les travailleurs travaillent indifféremment et simultanément dans toutes les entreprises du groupe, s'il n'y a qu'un seul patrimoine, s'il existe une unité externe ou s'il n'y a qu'une seule direction.
La jurisprudence française prend le groupe en considération en cas de licenciements économiques : la gravité de la raison économique est étudiée dans le cadre du secteur général d'activité du groupe et l'on analyse la possibilité d'offrir un autre emploi à la personne concernée dans toutes les sociétés du groupe dont les activités et l'organisation permettent de transférer tout ou partie du personnel. Plus généralement, le droit français admet la continuité du contrat de travail accompli au sein d'un groupe formant une même unité économique et sociale.
La législation britannique considère que les entreprises appartenant aux mêmes actionnaires sont liées et représentent un même employeur. Cela facilite les transferts à l'intérieur d'un groupe et permet la continuité des services prêtés.

• Une autre hypothèse est celle des *réseaux d'entreprises*, qui se partagent l'emploi des mêmes travailleurs

Le rapport français présente plusieurs exemples de ce genre. Il peut s'agir d'un partage licite et conventionnellement organisé, lorsque par exemple plusieurs entreprises forment entre elles un groupement d'employeurs qui a pour mission d'embaucher des salariés qui travailleront pour les différents membres du groupement. La loi a développé des formules similaires pour favoriser l'embauche de chômeurs. Le gouvernement français a annoncé dans son Plan d'action pour l'emploi relatif à la mise en œuvre des lignes directrices communautaires que dans le domaine du multisalariat seront mises à l'étude, dans un premier temps, des dispositions permettant de rendre cette forme de travail moins pénalisante pour le travailleur concerné ; cela afin d'assurer au salarié pluriactif une prise de congé simultané, de prendre en compte le refus d'effectuer des heures complémentaires, lorsqu'il est motivé par l'exercice concomitant d'une activité chez un autre employeur, de permettre une

visite médicale d'embauche unique lorsque certaines conditions sont réunies. Par ailleurs, le gouvernement s'engage à examiner les pistes susceptibles de lever les freins au développement des groupements d'employeurs. Il peut s'agir aussi d'une opération illicite, et la loi permet alors de rechercher la responsabilité de tous les employeurs qui y ont concouru. Ainsi, on peut accuser de recours au travail clandestin aussi bien l'employeur direct que l'utilisateur de travailleurs clandestins si ce dernier était au fait de la clandestinité.

Emploi successif par plusieurs employeurs

Le droit du travail établit en plusieurs circonstances un lien entre des emplois successifs au service d'employeurs différents. C'est tout d'abord le cas des règles prescrivant la continuité des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise. Ce principe de continuité est reconnu au niveau communautaire par la directive « transfert d'entreprise ». C'est aussi le cas dans certaines législations nationales en matière de travail intérimaire. On a pu voir dans le travail intérimaire une préfiguration du « contrat d'activité », dès lors que la loi ou les conventions collectives garantissent aux travailleurs concernés une certaine continuité de leur statut par-delà la discontinuité des missions qui leur sont confiées.

Plusieurs législations nationales rendent l'utilisateur du travail intérimaire responsable ou garant du respect de certaines obligations à l'égard des travailleurs, notamment en matière de santé et de sécurité au travail, ou de paiement des rémunérations. Dans de nombreux pays, toutefois, la situation des intérimaires demeure marquée par une grande précarité, une instabilité des revenus et une difficulté d'accès à la formation professionnelle permanente. La tendance dans plusieurs pays membres est de faciliter la succession de missions d'intérim. En Belgique, certains contrats dits « atypiques » sont utilisés pour lutter contre le chômage. Une loi de 1994 permet certaines exceptions à l'interdiction de passer des contrats temporaires « à la chaîne ». À partir d'un certain niveau de salaire, il n'y a plus de délai légal obligatoire de préavis, ce dernier pouvant désormais être stipulé sur le contrat de travail. Le risque est que l'employé accepte un préavis très court pour obtenir l'emploi brigué. La Suède a aussi supprimé certaines restrictions concernant l'utilisation du travail temporaire. Depuis janvier 1997, les contrats temporaires ne dépendent plus du type de travail à réaliser et sont autorisés, quel qu'en soit le motif, jusqu'à douze mois sur une période de trois ans ou jusqu'à dix-huit mois pour les sociétés qui embauchent pour la première fois. La seule restriction est de ne pas employer plus de cinq travailleurs temporaires simultanément. Au Royaume-Uni, il n'y a aucune restriction concernant le travail temporaire.

Il semble opportun de réfléchir aux voies par lesquelles il est possible de concilier la discontinuité des missions d'intérim avec un véritable statut professionnel, qui garantisse sur la durée l'exercice véritable des droits individuels et collectifs des travailleurs. Certaines conventions collectives propres à ce secteur contiennent déjà d'intéressantes dispositions en ce sens, notamment dans le domaine de la formation. Cette orientation pourrait être encouragée au niveau communautaire.

Le modèle italien des districts industriels opère de façon très informelle une certaine mise en commun des ressources humaines du district. La grande faiblesse de ce modèle est toutefois l'absence de gestion coordonnée de ce bien commun que représente la formation professionnelle pour les entreprises impliquées dans ce type de réseaux.

La formation professionnelle est souvent absente dans ces entreprises et se limite à la simple formation sur le tas. En cas de besoin de collaborateurs hautement qualifiés, la solution habituelle consiste à faire appel au marché du travail ou à débaucher les travailleurs spécialisés d'autres entreprises concurrentes. Si l'on considère que près de 85 % de la main-d'œuvre italienne travaille dans de petites entreprises selon des horaires intensifs, on comprend facilement que la formation professionnelle reste un poste marginal dans les bilans de ces entreprises, et par conséquent dans une grande partie du secteur productif italien.

Statut professionnel et suppression d'emploi

Le droit du travail vise d'abord ce qui se passe en amont du licenciement, en imposant le respect d'une procédure et en organisant un contrôle des motifs de licenciement. Il s'agit alors de sauvegarder, autant que faire se peut, les emplois existants. Mais la protection de l'emploi peut aussi se situer en aval du licenciement : il s'agit alors de protéger le salarié non pas contre la décision de licenciement proprement dite, mais contre les conséquences de ce licenciement, en lui permettant de retrouver à bref délai un nouvel emploi[4].

Protection contre le licenciement et sauvegarde des emplois existants

Un débat s'est ouvert dans plusieurs pays sur l'efficacité de cette protection. Certains avancent que la protection contre le licenciement conduit plus à freiner l'embauche qu'à sauvegarder l'emploi.

En Italie, l'une des propositions les plus débattues consiste dans l'élimination des obligations qui rendent actuellement difficile le licenciement individuel pour motif objectif justifié, dans la ligne d'une conception déréglementée et libérale du marché du travail[5] qui, libéré de la rigidité que représente l'ensemble des normes et obligations à la tutelle du travail, pourrait ainsi se développer librement. Cette proposition prévoit essentiellement de permettre aux entreprises de licencier un travailleur dans le cas où le coût du maintien de son poste de travail est supérieur à la productivité. Il est bien entendu qu'un tel coût est considéré comme un « coût d'opportunité » et par là même comme une possibilité de plus grand profit dérivée de l'élimination du poste de travail en question.
Il existe en Italie deux indemnités d'assurance chômage. Toutes deux sont accordées aux travailleurs licenciés ou qui ont perdu leur emploi. Ainsi, à l'inverse de la Cassa Integrazione, ces mesures de régulation du marché du travail interrompent la continuité du statut des employés concernés, rompant tout lien entre les employés couverts par cette caisse et leurs anciens employeurs.

Depuis 1994, le *tratamento ordinario di disoccupazione* équivaut à 30 % de la rémunération du travailleur durant les trois mois précédant le chômage, et peut être accordé pour un maximum de cent quatre-vingts jours. Pour bénéficier de cette allocation, un travailleur sans emploi doit avoir été employé durant au moins deux ans et doit s'inscrire auprès des services nationaux de l'emploi. (Cette sorte d'allocation est aussi utilisée pour indemniser les travailleurs saisonniers.)
L'*allocation de mobilité* s'élève à 80 % de la rémunération brute au long de la première année de chômage ; toutefois, un plafond est prévu, ce qui fait qu'elle représente environ 65 % du salaire d'un travailleur moyen. Elle peut être accordée pour un maximum de trois ans, ce pour les travailleurs les plus âgés du sud de l'Italie. Pour pouvoir bénéficier de l'allocation de mobilité, le travailleur doit être en possession d'un dossier d'emploi d'au moins douze mois et avoir été licencié à l'occasion de licenciements collectifs dus à une restructuration ou une crise de l'entreprise. En outre, les travailleurs devront avoir été employés par des entreprises industrielles comptant plus de quinze employés, ou au sein de sociétés commerciales comptant plus de deux cents employés. Au cours de la crise de 1993-1994, la possibilité d'accès à la Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, ainsi que l'allocation de mobilité, furent étendues à d'autres secteurs des services.
Enfin, il convient de souligner à quel point les *pensions d'invalidité* ont été utilisées en Italie, en guise d'allocations d'aide aux travailleurs ayant du mal à trouver un emploi. De fait, au cours des années soixante-dix, il a été admis que le degré d'invalidité (et, partant, le montant de la pension) devrait être déterminé en partie en fonction de l'environnement socio-économique de la personne, et en particulier selon son potentiel d'emploi.

Nous nous sommes donc intéressés à l'influence que cette thèse a pu avoir dans la législation des États membres de l'Union européenne. Les rapports nationaux montrent que les gouvernements européens ont généralement tendance à adoucir les réglementations concernant les licenciements, mais à des niveaux très différents.

Au Royaume-Uni, les licenciements sont généralement autorisés, à la condition qu'existent des motifs économiques, ou des changements de nature du travail à accomplir. Une indemnité doit être versée au salarié licencié et le choix des personnes licenciées doit être équitable. Les tribunaux se sont fait une religion en la matière, même s'il est loisible à l'employeur de choisir parmi des volontaires : il doit s'agir, par exemple, des dernières personnes engagées, de celles susceptibles de toucher des pensions, des travailleurs les plus chers, de ceux ayant le moins d'expérience ou des moins performants. Il est aussi obligatoire de notifier l'intention de licencier et de consulter au préalable les représentants des salariés pour essayer d'éviter les licenciements. Selon le rapport britannique, aucune pression n'est exercée pour renforcer la protection contre les licenciements, car on estime que cette protection serait susceptible d'étendre le recours au travail temporaire.
En Allemagne, la protection contre le licenciement est également faible, les tribunaux laissant aux employeurs le soin de décider s'il convient de réduire les effectifs. Même les critères de sélection sociale (les salariés les plus jeunes et non pas les plus âgés) se sont dernièrement estompés. Il est toujours obligatoire de convenir d'un plan social d'indemnités en cas de licenciements collectifs. La protection contre les licenciements dans les petites entreprises a été encore plus réduite (il n'y a pas de protection dans les entreprises de moins de onze employés). Ainsi, il n'y a qu'une apparence de protection contre les licenciements en Allemagne, mais même cette protection apparente dissuaderait de nombreux employeurs de l'embauche, car ils craindraient de ne pas pouvoir licencier les salariés.
En Suède, les licenciements doivent se baser sur des faits personnels ou matériels. S'il s'agit de motifs économiques, des possibilités de transfert doivent être étudiées ; s'il s'agit de raisons personnelles, l'employeur doit faire tout son possible pour trouver une alternative au licenciement. L'ordre de licenciement des employés est fixé, mais l'employeur et les syndicats peuvent convenir de différents critères de sélection. Il y a un débat constant en Suède sur la question de savoir si les lois de protection freinent l'emploi.

En France, l'autorisation administrative préalable aux licenciements économiques a été abandonnée en 1986. Il est toujours obligatoire de consulter les représentants des salariés. Tout travailleur licencié pour une raison économique doit se voir proposer une convention de conversion censée l'aider à trouver un nouvel emploi. En cas de licenciements « massifs » (entreprises ayant au moins cinquante employés et licenciant au moins dix personnes simultanément), un plan social comportant des alternatives au licenciement ou la création de nouveaux emplois doit être arrêté, faute de quoi le licenciement est nul. Le juge judiciaire exerce un contrôle rigoureux sur le respect des procédures et le contenu du plan social accompagnant le licenciement.
En Espagne, une loi, votée en 1994, a réduit, sans les supprimer totalement, les cas requérant une autorisation administrative de licenciement collectif. Le juge ne contrôle plus que la recevabilité des licenciements individuels. Dans les entreprises employant au moins cinquante personnes, l'employeur doit conclure un plan social comprenant des indemnités et pouvant comporter des mesures de formation ou d'autres mesures facilitant la recherche d'un nouvel emploi. Parallèlement, la nouvelle loi a introduit davantage de restrictions en matière de travail temporaire. On a beaucoup reproché à cette loi de ne pas aller assez loin, à la fois en matière de réduction des entraves aux licenciements et d'augmentation des restrictions concernant le travail temporaire. On saisit l'ampleur du problème lorsque l'on voit le nombre très important de licenciements déclarés illégaux ou nuls par les tribunaux (61 % selon une étude) et le très fort pourcentage de travail temporaire. La réforme légale postérieure de 1997, conséquence du Pacte pour la stabilité de l'emploi déjà cité, redéfinit l'embauche saisonnière en un sens plus restrictif, en même temps qu'elle élargit l'acception des causes économiques, techniques, d'organisation ou de production du licenciement non collectif et qu'elle réduit, dans des cas déterminés, les indemnisations correspondant à ce type de licenciement, au cas où il aurait été déclaré abusif par une décision de justice.

Protection contre les conséquences de la suppression d'emploi et droit au reclassement

Traditionnellement, on dissocie la façon de nouer une relation de travail de la façon de l'interrompre. Mais les évolutions les plus récentes montrent qu'il est possible de procéder autrement. On peut lier le droit de licenciement de l'employeur au droit du travailleur à être reclassé dans un nouvel emploi.

Divers efforts ont été réalisés dans ce sens par les États membres, principalement de façon facultative. En France, des accords de conversion doivent obligatoirement être proposés au salarié licencié afin de lui faciliter la recherche d'un nouvel emploi. Ces accords stipulent le versement d'une rémunération pendant une certaine période, une évaluation des qualifications professionnelles et une offre de formation. En cas de licenciements « massifs », le plan social d'accompagnement des licenciements doit mettre en œuvre toutes les possibilités d'offrir un autre poste au travailleur au sein de l'entreprise ou du groupe (reclassement interne) ou aider ce dernier à trouver un autre poste hors du groupe (reclassement externe).

En Belgique, ce type de plan est essentiellement négocié entre partenaires sociaux, dont les conventions peuvent être généralisées par la

loi. En Espagne, les plans sociaux, dans les grandes entreprises publiques en particulier, comportent aussi parfois des mesures de formation et d'aide à la recherche d'un nouvel emploi. Au Royaume-Uni, en cas de licenciements affectant des milliers de salariés, certains employeurs ont engagé les services d'organismes chargés d'aider les employés à trouver de nouveaux emplois, à s'installer à leur compte, à se recycler ou de contribuer à l'installation de nouvelles sociétés dans la région. Ces accords ne sont pas fréquents mais semblent avoir connu un certain succès. En Suède, certaines conventions collectives obligent les employeurs à contribuer à un « fonds de sécurité » destiné à financer des activités de formation pour permettre aux employés de rester dans l'entreprise ou pour les aider à trouver un nouvel emploi ou à créer une entreprise. Nombre de ces accords se sont avérés plutôt fructueux.

Conclusion
Vers un nouvel état professionnel des personnes

Comprendre le changement

Avec les politiques de la flexibilisation, la division majeure en matière de statut professionnel passe désormais par la distinction entre emplois typiques ou atypiques. Comment faut-il interpréter cette tendance ?

Une première interprétation pourrait se formuler dans des termes classiques suivants : la déstabilisation du rapport salarial témoigne d'une relance de la contradiction de classes, c'est-à-dire de la contradiction capital-travail. On suppose alors que la nature du travail n'a pas fondamentalement changé dans la société postindustrielle. En revanche, ce qui a changé dans la situation présente, c'est le rapport de force. Le capital s'est réorganisé au cours des vingt dernières années : l'autonomie du capital financier par rapport au capital industriel s'est accentuée ; le capital s'est mondialisé, ouvrant la voie à un mouvement massif de délocalisations/relocalisations ; le capital est de moins en moins fixe, de plus en plus flexible. Ces transformations du capital entraînent une offensive patronale qui vise à adapter le travailleur aux nouvelles conditions de valorisation du capital. C'est dans ce sens qu'on parlera de dérégulation, par exemple : la dérégulation consisterait à supprimer un certain nombre d'entraves sur le marché du travail (les régulations héritées

du fordisme) pour restituer au capital son pouvoir discrétionnaire. Cela passe par la destruction des protections attachées au rapport salarial.

Une deuxième interprétation consiste à dire que le capital n'est pas le seul à changer ; le *travail* a lui aussi changé, de façon partiellement autonome : on passe d'un travail dont le prototype est la manufacture (travail sur la matière), à un travail d'un type nouveau, dont le prototype est la relation de service : le travail porte alors sur des signes plutôt que sur des choses. C'est une manière de prendre en compte la tertiarisation de l'économie et la nouvelle révolution technologique. Or, avec la nature du travail, changent les règles d'*organisation* et de *coordination* du travail. Dans cette perspective, on comprend le statut salarial comme une forme institutionnelle adaptée à un certain prototype de travail ; face à la transformation de ce prototype, il faut donc progressivement envisager de nouvelles formes institutionnelles de protection du travailleur. Bref, le statut salarial ne se déstabilise pas seulement en vertu des transformations du capital, mais aussi en vertu du changement du travail. C'est ce second type d'interprétation, plus complexe, qui semble devoir être retenu.

Si l'on suit la première interprétation, le droit du travail (le législateur, les juges) et les organisations syndicales se trouveraient face à un devoir de *résistance*. La résistance consiste à défendre coûte que coûte le statut salarial : il faut au maximum maintenir la possibilité pour le travailleur d'avoir un statut stable, face à un employeur et un seul, pour une durée indéterminée.

Une deuxième stratégie serait celle d'une simple *adaptation*. Elle consiste à prendre acte d'un rapport de force favorable à la flexibilité, et à s'y adapter en *découplant* deux types de régimes. D'un côté, il faut préserver autant que possible le statut salarial, dans sa plus grande extension ; de l'autre, tenter d'aménager le statut non salarial en lui assurant un minimum de protection sociale. Dans ce cas, les syndicats devraient devenir plus « coopératifs » et moins conflictuels ; ils devraient offrir des services à la gestion de la flexibilité, à la gestion des ressources humaines, plutôt que jouer à l'arrière-garde industrielle dans une société postindustrielle.

Aucune de ces deux stratégies n'est vraiment satisfaisante. Elles conduisent toutes les deux à une dualisation forte de la société. La première, en particulier, peut avoir des effets pervers : elle pourrait bien amener le droit social à n'être qu'une protection élitiste et corporatiste des « happy few » qui ont un statut de salarié.

Une troisième stratégie est aussi envisageable, celle de l'adaptation active qui pourrait permettre d'éviter ces risques : elle consisterait à

réinstitutionnaliser le rapport de travail. Réinstitutionnaliser veut dire ici : fixer des *règles* ; déterminer des *espaces de négociation* des règles ; permettre à des *acteurs collectifs* d'intervenir de façon efficace. L'analyse comparative à laquelle nous avons procédé montre que des linéaments d'une telle réinstitutionnalisation existent déjà dans les droits nationaux. Au statut de l'employé, qui lie la subordination et la sécurité, devrait succéder un nouvel état professionnel des personnes, fondé sur une approche compréhensive du travail, et capable de lier les impératifs de liberté, de sécurité et de responsabilité.

Maîtriser le changement

Le besoin d'un dépassement du modèle de l'emploi est une donnée commune à tous les pays européens. Aborder cette question au niveau communautaire pose une difficulté particulière. Il faut se rappeler pour comprendre cette difficulté la manière dont s'est affirmé dans toute l'Europe le modèle de l'emploi : d'un côté (la diversité des droits nationaux du travail est là pour le montrer) l'emploi a donné lieu à des constructions juridiques très variées en Europe ; mais, d'un autre côté, il s'est agi dans tous les cas d'insérer dans le cadre d'un contrat (le contrat de travail) un statut protecteur des personnes. Il ne faut donc sous-estimer ni ce qui sépare ni ce qui unit l'évolution des différents droits nationaux en Europe. De même, aujourd'hui, on ne saurait prédire les formes juridiques, singulières qu'empruntera dans chaque pays le dépassement du modèle de l'emploi, mais on peut définir le cadre conceptuel dans lequel s'inscrira ce dépassement. Il ne saurait donc être question d'avancer ici des recettes juridiques qui seraient directement applicables aux différents pays. Notre objectif est autre : il est de réfléchir à des catégories de pensée qui se dégagent de l'analyse des transformations actuelles des statuts professionnels, et soient suffisamment précises pour être opératoires, mais suffisamment générales pour que chaque pays puisse se les approprier selon son génie propre[6].

Emploi, travail, activité

Pour échapper à l'emprise de la notion d'emploi dans notre conception de l'état professionnel des personnes, il faut commencer par prendre une vue compréhensive de la vie de travail, qui ne se limite pas au seul travail salarié. La notion d'emploi s'est construite en rejetant dans l'ombre toutes les formes non marchandes de travail, telles que la formation de soi-même ou le travail à titre gratuit. Elle s'est aussi construite par opposition au

travail indépendant et par incorporation de la division privé/public. La raison en est que l'emploi salarié, en tant qu'état professionnel, n'est que la projection de l'Emploi en tant que valeur d'échange sur le marché du travail. Dès lors, la relation de travail n'est prise en compte par le droit du travail que dans la mesure où le travail y apparaît comme l'objet d'un contrat. La difficulté aujourd'hui est de prendre une vue de l'état professionnel des personnes qui dépasse l'engagement contractuel de leur travail pour embrasser la diversité des formes de travail expérimentées dans la vie humaine.

Les formes non marchandes de travail sont en effet les plus vitales pour l'humanité. On peut concevoir qu'une grève générale paralyse momentanément le marché, sans mettre pour autant en péril la survie d'un pays. En revanche, la société ne pourrait survivre plus de quelques jours à l'interruption du travail qui, dans la sphère domestique, assure la vie quotidienne. C'est ce travail gratuit qui porte véritablement sur ses épaules la vie économique des marchés. La durée du travail des hommes au Japon par exemple ne pourrait être aussi longue si les femmes ne supportaient pas seules la charge des enfants, au prix de leur retrait total ou partiel du marché du travail après leur mariage. Ignorer ces liens étroits entre travail sur le marché et travail hors marché, c'est ignorer aussi bien les conditions d'existence des hommes que celles du marché, et se préparer des lendemains catastrophiques. Car traiter le travail comme une « ressource » indéfiniment flexible compromet non seulement les conditions de vie des travailleurs, mais aussi les conditions d'institution de leurs enfants.

Aussi la question de l'état professionnel doit-elle intégrer aujourd'hui les exigences de l'égalité entre hommes et femmes, de la formation continue, de l'engagement dans des missions d'intérêt général, ou de la liberté professionnelle. Ce qui suppose d'appréhender les diverses formes de travail davantage au travers de ce qui les unit que de ce qui les sépare. C'est dans cette voie qu'on peut espérer définir un état professionnel qui concilie la diversité et la continuité de la vie de travail.

De très stimulantes réflexions prospectives ont déjà été avancées en France dans cette voie, et notamment l'idée de contrat d'activité présentée dans le rapport Boissonnat[7] et développée par Thierry Priestley[8]. Le grand mérite du projet de contrat d'activité a été de mettre sur la place publique la nécessaire élaboration d'un état professionnel qui rompe avec la référence exclusive à l'emploi et d'impliquer les entreprises dans la recherche d'alternatives viables à ce modèle. Sa faiblesse est pour partie le revers de ces mérites : son caractère purement expérimental et volontaire. C'est d'un statut, plutôt que d'un contrat qu'il faut parler, dès lors qu'on cherche à englober dans l'état professionnel des personnes des périodes qui se situent en dehors de tout échange contractuel sur le marché du travail. D'autre part, la notion d'activité est trop large pour être juridiquement pertinente. L'activité est inséparable de la vie, or les droits sociaux liés à la vie sont des droits

sociaux universaux. C'est dire que la référence à l'activité n'est pas de nature à fonder des droits spécifiques.

La seule notion qui déborde l'emploi sans englober la vie tout entière est la notion de travail, et c'est donc la seule qui puisse fonder un état professionnel. La distinction du travail et de l'activité n'est pas à rechercher dans la nature de l'action accomplie (la même course en montagne est une récréation pour le touriste, un travail pour le guide qui l'accompagne). Le travail se distingue de l'activité en ce qu'il répond à une obligation, que cette dernière soit volontairement souscrite ou légalement imposée. Cette obligation peut être de nature contractuelle (salarié, travailleur indépendant) ou statutaire (fonctionnaire, moine) ; elle peut être souscrite à titre onéreux (emploi) ou à titre gratuit (bénévolat, stage) ; mais le travail s'inscrit toujours dans un lien de droit. C'est ce qui autorise à parler de travail scolaire dès lors que la scolarité est obligatoire, de travail dans la sphère domestique dès lors que l'éducation des enfants est un devoir attaché à l'autorité parentale, de travail de l'élu dès lors que des procédures de déchéance visent celui qui n'accomplit pas convenablement son mandat, etc. Il faut et il suffit qu'à un engagement d'agir soient attachés des effets de droit, pour que cette action puisse être qualifiée de travail. Cette qualification se trouve en fin de compte dépendre soit d'un engagement volontairement souscrit, soit de la loi qui consacre ainsi l'utilité sociale de certaines tâches.

Les quatre cercles du droit social

Face à l'avenir du droit social (entendu au sens large : droit du travail et de la Sécurité sociale), certains tablent sur un retour de l'emploi, qui serait seul à même de remplir à nouveau les caisses de la Sécurité sociale et de rendre à tous une véritable identité professionnelle. D'autres préconisent au contraire de déconnecter complètement la protection sociale du travail, en généralisant les minima sociaux, et en renvoyant tout le reste aux lois du marché. L'inconvénient de ces thèses est de mettre tous les droits sociaux dans le même sac, alors que l'histoire montre au contraire qu'il faut distinguer selon les risques en matière de Sécurité sociale et selon les degrés de dépendance en matière de relation de travail. Elles pèchent aussi par leur confusion du travail et de l'emploi : entre l'emploi et la citoyenneté, il n'y aurait rien sur quoi asseoir des droits sociaux spécifiques. Tout cela est largement démenti par l'observation fine du droit positif, où les droits sociaux se rangent déjà en quatre cercles concentriques :

– le premier cercle est celui des droits sociaux « universaux », c'est-à-dire garantis à tous indépendamment de tout travail. Cette couverture « universelle » a un périmètre variable selon les pays européens. Elle est à peu près réalisée en matière d'assurance maladie ; elle demeure à l'état de pétition de principe pour ce qui est du droit à la formation professionnelle ;

– le deuxième cercle est celui des droits fondés sur le travail non professionnel (charge de la personne d'autrui, formation de soi-même, travail bénévole, etc.). Car ce travail est loin d'être méconnu du droit social. De très nombreux textes attachent en effet des droits ou avantages sociaux à l'exercice d'une activité socialement utile (*i.e.* d'un travail non professionnel : ex. avantages retraites liés à l'éducation des enfants ; couverture accidents du travail pour certaines activités bénévoles, etc.) ;

– le troisième cercle est celui du droit commun de l'activité professionnelle, dont certains fondements sont déjà posés en choix communautaire (par exemple, hygiène et sécurité) ;

– le quatrième cercle est celui du droit propre au travail salarié (l'emploi), qui ne devrait contenir que les dispositions directement liées à la subordination, et faire place à une gradation des droits en fonction de l'intensité de cette subordination ;

Quant au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, il s'applique indistinctement aux quatre cercles.

Cette typologie pourrait fournir un cadre utile à la définition d'un état professionnel accompagnant les personnes du berceau à la tombe, et couvrant tout aussi bien les périodes d'inactivité proprement dites que les périodes de formation, d'emploi, de travail indépendant ou de travail hors marché. Au paradigme de l'emploi serait ainsi substitué un paradigme de l'état professionnel des personnes, qui ne se définisse pas par l'exercice d'une profession ou d'un emploi déterminé, mais englobe les diverses formes de travail que toute personne est susceptible d'accomplir durant son existence.

Les droits de tirage sociaux

Cet état professionnel des personnes doit intégrer les exigences de la liberté du travail, entendue comme liberté concrète, et faciliter le passage d'un type de travail à un autre. Cela est indispensable pour éviter les risques d'enfermement dans une situation de travail donnée. Faire place à la liberté individuelle dans la définition des droits sociaux oblige à rompre avec la conception dominante de ces droits, qui ont été définis comme la contrepartie de risques ou de sujétions particulières. Cette conception a

partie liée avec la figure passive de l'employé, qui subit tout à la fois les risques de l'existence et le poids de la subordination.

Mais, ici encore, l'observation fine du droit positif montre l'émergence d'une figure juridique différente, celle du travailleur en droit de passer d'une situation de travail à une autre. Le premier mécanisme instituant ce droit d'initiative a sans doute été celui des crédits d'heures attribués aux salariés titulaires d'un mandat d'intérêt collectif (représentants du personnel). Relèvent de la même veine : les congés spéciaux et droits d'absence (qui se sont multipliés ces dernières années) ; le crédit formation ; les comptes épargne-temps ; les aides aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise ; les chèques formation, etc. On assiste bien ici à l'apparition d'un nouveau type de droits sociaux, référés au travail en général (travail dans la sphère familiale, travail de formation, travail bénévole, travail indépendant, travail d'utilité publique, etc.). L'exercice de ces droits est enfermé dans les limites d'une créance antérieurement constituée, mais leur réalisation relève d'une libre décision de leur titulaire et non pas de la survenance d'un risque. Cette double caractéristique se marque dans le vocabulaire fréquemment employé pour désigner ces droits : il est question de compte, de crédit, d'épargne, de chèque, etc. Aussi ces droits nouveaux pourraient-ils être définis comme autant de *droits de tirage sociaux.*

Droits de *tirage*, car leur réalisation dépend d'une double condition : la constitution d'une « provision » suffisante, et la décision de leur titulaire d'user de cette provision. Droits de tirage *sociaux*, puisqu'ils sont sociaux aussi bien dans leur mode de constitution (abondement diversifié de la provision) que dans leurs objectifs (utilité sociale). À la différence du titulaire d'un effet de commerce, le « tireur » n'a ici de droit qu'au regard d'une finalité sociale déterminée. Son droit de créance est un « droit fonction », ce qui permet de comprendre que cette créance ne puisse être librement endossée au profit d'un tiers. En revanche, l'utilité sociale attribuée à cette fonction justifie l'abondement de la provision par la collectivité ou par l'entreprise. Il faudrait systématiser cette notion en distinguant les deux facettes de ce type de droits.

Ils opèrent en premier lieu une libération du temps, dont les modalités diffèrent actuellement selon que ces droits sont utilisés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ou dans celui de sa suspension, ou bien encore en dehors de ce contrat (généralement après sa rupture). Le problème de la continuité du statut professionnel se pose en des termes différents selon ces hypothèses. Pris dans le cadre d'un contrat de travail, ce temps peut être assimilé à du temps de travail pour tous les avantages

liés à la continuité du contrat. En dehors de ce cadre, on a recouru à des techniques diverses, dont l'assimilation à du temps de travail au regard du droit de la Sécurité sociale.

Les droits de tirage sociaux permettent en second lieu le financement d'un travail hors marché. Ce financement se révèle être le plus souvent un cofinancement. La provision peut ainsi être alimentée : par l'État (cas de la plupart des missions d'intérêt général) ; par la Sécurité sociale (ex. : prestation sous condition de personne à charge) ; par des organismes paritaires de mutualisation (congés formation par exemple) ; par les entreprises (continuité du contrat de travail, crédit d'heures, allocations parentales, etc.) ; ou par le travailleur lui-même, invité à compléter les autres apports (compte épargne-temps ; mobilisation des droits acquis à congé ; renoncement à une partie du revenu antérieur, etc.).

Manque encore à cet ensemble hétérogène de dispositions un cadre cohérent, qui tirerait toutes les conséquences des principes de continuité et de mobilité de l'état professionnel des personnes. Mais l'employé, la subordination à temps plein et à durée indéterminée ne sont certainement pas des modèles insurpassables de vie de travail. À l'horizon du droit se distingue vaguement une autre figure, celle d'un travailleur conciliant sécurité et liberté.

Chapitre III

Travail et temps

Introduction

La question du temps et de sa mesure n'avait pas, dans les formes préindustrielles de relation de travail, l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui. Dès lors en effet qu'on voyait dans cette relation un lien personnel plutôt qu'un échange de prestations, la question de la mesure, du décompte du temps de travail, n'avait tout simplement pas de sens.

Cette conception préindustrielle est celle qui imprègne encore par exemple les rapports de maître à serviteur dans la réglementation suédoise en 1833. L'engagement se fait à l'année (d'octobre à octobre), se poursuit par tacite reconduction et ne peut pas être rompu à tout moment. Le maître doit continuer de pourvoir aux besoins de son serviteur malade ou âgé dès lors que celui-ci l'a fidèlement servi durant de longues années. En retour, le serviteur ne compte pas son temps et se trouve en permanence à la disposition du maître. Cette réglementation ne sera pas formellement abolie avant 1926.

La révolution industrielle a imposé un autre rapport au temps, dont le type idéal se donne à voir dans l'organisation tayloriste du travail. Avec l'« organisation scientifique du travail » prônée par Taylor, « le chronomètre [était] entré dans l'atelier[1] ». Cette version analytique du temps découpe la ligne temporelle en moments homogènes et abstraits, définis avant toute action concrète, et ne laissant aucune place à l'incertitude. Ce codage du travail présente des aspects qualitatifs et quantitatifs[2]. Qualitativement, il s'agit de préciser les coordonnées de l'action optimale, fixant une « gestuelle » selon de stricts principes d'économie. Quantitativement, il s'agit de mesurer la productivité du geste, et d'accroître son intensité. À cela correspond un dispositif de contrôle qui s'inscrit autant dans un montage d'objets que dans une stricte hiérarchie centralisatrice. Le rythme de travail est en effet imposé de l'extérieur par la « chaîne », cette nouveauté mécanique qui permet de fixer le travailleur au

poste de travail en mécanisant le transport des pièces ouvragées. Le réglage de la machine est donc, d'un même élan, contrôle de la productivité et mesure du temps de travail effectif. Par ailleurs, une surveillance tatillonne et autoritaire permet de veiller à la rectitude des moindres mouvements.

Ce nouveau type de rapport au temps est devenu partie intégrante d'un modèle de relations professionnelles, dont les caractéristiques principales sont les suivantes :

• dépendance hiérarchique vis-à-vis du chef d'entreprise ;

• exclusivité du rapport avec l'employeur dont découlent le temps indéterminé du rapport au travail ainsi que les devoirs de « fidélité » et de « discrétion » que de nombreuses législations assignent aux travailleurs ;

• intégration dans l'organisation de l'entreprise ;

• obligation de disponibilité temporelle de la part du travailleur (dans les limites du contrat de travail) ;

• régime constant des horaires et des modalités d'organisation des prestations.

Telles étaient *grosso modo* les caractéristiques de base du modèle de réglementation du travail dans les moyennes et grandes entreprises. Évidemment, ce cadre général laissait place à des modalités de réglementation nationales ou territoriales particulières ; de même, le système de Sécurité sociale a une forte influence sur le taux de participation féminine au marché du travail : en Europe, la Sécurité sociale a le plus souvent conduit à assimiler le modèle d'emploi à un modèle de « soutien de famille » fondamentalement masculin. L'analyse historique récente a bien mis en évidence que la diffusion et la systématisation de ce modèle ont été très inégales et plus ou moins tardives selon les pays. Pour une part, il apparaît de plus en plus aujourd'hui que le fordisme a été aussi une grille de lecture, très diffusée, qui a tendu à voiler la permanence de la diversité des formes productives[3].

Ce modèle devient l'axe central des organisations productives dites « fordistes » lorsque, avec le succès de la production standardisée de masse, les modalités d'organisation du temps de travail et des horaires tendent à se stabiliser. L'introduction des roulements (généralement sur le modèle de deux roulements de huit heures chacun, cinq jours par semaine) a permis l'augmentation des niveaux de production et donc le niveau de saturation des installations, alors que l'innovation technologique a garanti les augmentations de la productivité par unité de travail.

Le droit du travail a systématisé ce modèle. Le temps y a été conçu

comme une référence objective servant à régler les relations de travail, tant au plan individuel qu'au plan collectif. Cette conception est remise en cause par les transformations actuelles du travail, qui conduisent à une individualisation et une hétérogénéisation du temps de travail. Cela conduit à tracer des perspectives nouvelles pour le droit du travail, où le temps serait saisi dans sa dimension personnelle et subjective[4].

Le temps de travail comme référence objective

D'un point de vue juridique, la référence au temps a rempli une double fonction dans les relations de travail : au plan individuel, elle permet de mesurer la subordination, donc la rémunération[5] ; au plan collectif, elle permet de fixer des disciplines, donc des solidarités.

Mesure de la subordination

En droit du travail, la référence au « temps de travail » permet d'une part de borner l'emprise patronale sur la vie du salarié, et d'autre part d'évaluer la prestation de ce dernier. Le temps joue à la fois comme limite de la sujétion du travailleur et comme étalon de la valeur d'échange du travail. Ont ainsi été définis une durée légale du travail et un modèle de vie de travail qui conduisent à une opposition binaire du « temps de travail » et du « temps libre » et rejettent dans l'ombre le temps du travail non salarié.

La durée légale hebdomadaire de travail

À l'exception du Royaume-Uni, tous les pays européens ont défini une durée légale hebdomadaire de travail. Au Royaume-Uni, les réglementations limitant la durée hebdomadaire du travail ne sont entrées en vigueur qu'en octobre 1998.

C'est dans ce cadre temporel que le mode de production fordiste a pris racine et s'est développé. Sa caractéristique majeure est donc l'uniformité formelle des heures de travail. Cette uniformité était directement liée aux caractéristiques organisationnelles de la production de masse de produits standardisés.

En revanche, le monde du travail indépendant y a échappé. Il s'agissait par conséquent d'un système duel dans lequel le temps normal du travail salarié cohabitait avec d'autres modes d'organisation du temps (dans les domaines de l'agriculture, du petit commerce, de l'entreprise familiale ou des professions libérales). La limitation du temps du travail indépendant n'a pu résulter en effet que de la nature des produits et des services (agriculture et autres activités saisonnières), de l'organisation des marchés (par exemple des règles de fermeture des magasins le dimanche) ou de dispositions

relatives à la santé et à la sécurité (par exemple la limitation des temps de conduite dans le transport routier).

À l'intérieur de la grande entreprise fordiste, le modèle est un peu rigide, tant en ce qui concerne l'organisation de la production et du travail qu'en ce qui concerne le temps de travail et les horaires ; du reste, à l'exception des quelques spécialistes et des manutentionnaires, c'est la rigidité des solutions technologiques mises en œuvre qui détermine la rigidité des modalités de régulation des temps et des horaires de travail et qui rend nécessaire une réglementation décidée avec les organisations syndicales. L'extrême rigidité des solutions technologiques les rend en fait fragiles et augmente donc le « pouvoir négatif » de la force de travail organisée. Pour cette raison, l'aménagement des temps de production doit être nécessairement réglementée par la négociation collective entre les entreprises et les syndicats. Ceux-ci, pour leur part, deviennent (formellement, du moins) porteurs dans leurs revendications de ce qui continue à être, dans cette phase et dans ce modèle d'organisation, l'objectif prioritaire de l'ouvrier : la réduction des horaires de travail, c'est-à-dire du temps de travail de masse.

Dans ce schéma, la principale forme d'adaptation du temps de travail aux besoins de l'entreprise est le recours aux *heures supplémentaires*, c'est-à-dire aux heures effectuées au-delà de la durée légale hebdomadaire. Ces heures sont généralement payées à un taux majoré. Leur utilisation a été réglementée sous des formes qui varient selon les pays, mais sont principalement de deux types. En premier lieu par la définition de *durées maximales* de travail qui ne peuvent pas en principe être dépassées. Et en second lieu par des systèmes d'*autorisation préalable* : cette autorisation peut être requise dès la première heure supplémentaire ou bien seulement au-delà d'un certain nombre d'heures légalement ou conventionnellement défini. Ces conditions réglementaires sont demeurées peu contraignantes, et le recours aux heures supplémentaires a constitué dans tous les pays d'Europe la principale forme de flexibilité du temps de travail.

Cette caractéristique demeure aujourd'hui. Le travail atypique/flexible qui s'est développé depuis vingt ans s'est ajouté et non pas substitué à cette source première de flexibilité que sont les heures supplémentaires. Pour comprendre cela, il faut tenir compte de ce qui pourrait être défini comme le type européen de production et d'organisation du travail (ou plutôt, européen continental, car la situation à cet égard est différente au Royaume-Uni). Il faut souligner ici la diversité des types de capitalismes[6], qui ne se laissent pas enfermer dans le modèle unique qu'en propose la théorie économique standard du néo-laisser faire. L'existence d'une main-

d'œuvre stable et qualifiée (comme dans les pays du sud de l'Europe, en particulier en Italie) ou très qualifiée (comme en Allemagne) est utilisée en Europe continentale comme une ressource fondamentale pour une production diversifiée et de qualité. Le recours aux heures supplémentaires permet d'adapter cette ressource humaine aux exigences de la demande, sans avoir besoin d'embaucher ou de licencier. Face à des besoins nouveaux, les entreprises préfèrent faire travailler davantage leur personnel stable et qualifié plutôt que de procéder à des embauches dont le coût est par ailleurs fort élevé et le rendement aléatoire.

La vie de travail

À la forme normale d'emploi (emploi à temps plein et à durée indéterminée) a correspondu une forme normale de vie de travail. Pris comme modèle cognitif, le rapport salarial correspondant fonde une définition du travail normal et typique, ce qu'Ulrich Mückenberger appelle le « modèle SER *(standard employment relationship)*[7] ». Un tel modèle se définit comme celui d'un emploi à temps plein, pour une durée indéterminée, au service de la même entreprise, au sein de laquelle une carrière est possible. Ce standard a la valeur d'une référence, en fonction de laquelle se pensaient et se structuraient peu ou prou toutes les formes de travail.

D'une manière générale, le temps qui fut institué par le droit social fut en effet un temps qu'on peut appeler *homogène*. L'aspect *substantiel* réside dans la construction d'un stéréotype du « temps normal » qui correspond à un modèle salarial standard. Il s'agit d'une temporalité fixant une journée de travail type (d'au moins huit heures) ; fixant une semaine de travail type (plus ou moins quarante heures, distribuées entre le lundi et le vendredi, laissant le week-end « libre ») ; fixant une année de travail type, interrompue par des vacances correspondant au rythme coutumier et saisonnier (Noël, Pâques et vacances d'été) ; et enfin déterminant le cadre d'une vie de travail type, marquée par des années d'apprentissage dans la jeunesse (non déplaçables ou répétables dans la vie adulte), des années de labeur, et enfin des années de retraite correspondant à la vieillesse (située entre 60 et 65 ans). Le consensus sur ce modèle permet de synchroniser les temps du système éducatif, social et économique. L'aspect *formel* de cette norme réside dans son caractère général, standard et *a priori*. La norme du temps n'est pas susceptible de révision en fonction des contraintes de l'action ou des préférences individuelles.

Certes, une analyse sociologique permettrait de mettre en évidence la multiplicité des pratiques informelles que génère ce formalisme (travail du

soir des professeurs et des cadres, travail du week-end, etc.), de même que l'importance des secteurs qui ont toujours échappé en fait au modèle fordiste.

La situation est totalement différente dans les petites et moyennes entreprises qui représentent actuellement la majorité des entreprises. Il faut distinguer les petites entreprises à main-d'œuvre très spécialisée (particulièrement dans certains secteurs manufacturiers et artisanaux) et les petites entreprises marginales ou semi-marginales qui adoptent des stratégies de compétitivité sur les prix et qui sont donc intéressées par une saturation maximale des temps de travail. En revanche, dans les petites entreprises spécialisées, le travail est difficilement standardisé et l'ouvrier reste souvent détenteur d'un savoir-faire qui lui confère une large autonomie opérationnelle et des marges importantes de contrôle sur ses propres conditions de travail. Dans ces conditions, la négociation des temps de travail devient souvent une sorte de pacte *ad personam* dans lequel chaque ouvrier spécialisé valorise sa propre expérience professionnelle et sa propre capacité technique. Il n'est donc pas surprenant que, dans de telles situations, rares soient les travailleurs professionnels ou « de métier » qui préfèrent les modalités de réglementation des temps et des horaires de production ; ils préfèrent plutôt décider eux-mêmes les temps de travail, surtout s'ils peuvent en tirer des avantages économiques : nous nous référons ici aux diverses formes de travail à la pièce et aux heures supplémentaires.

La littérature sur les districts industriels en Italie et, plus généralement, le modèle de la « troisième Italie », lié à la présence importante de microentreprises manufacturières dans certaines régions du sud de l'Europe, a révélé en fait que dans les petites entreprises était appliquée une modalité de réglementation des temps de travail et des horaires de travail qui répond au défi de flexibilité en combinant des éléments de réglementation formelle des horaires (législation, conventions collectives de travail, conventions par entreprises) avec des marges importantes d'informalité.

Cependant, longtemps, cette prolifération de « l'informel » n'a pas mis en question la norme formelle et officielle. La crise du fordisme se produit précisément au moment où la pluralité des formes de coordination et de travail correspondant à l'explosion de la diversité des produits et services ne peut plus être cantonnée dans l'informel – concept dans lequel le fordisme les refoulait jusqu'alors. Cette pluralité « rattrape » le formel fordiste et le met en question *comme référence*. C'est précisément ce qui se produit dans les sociétés occidentales, à partir de la crise économique de 1973. Le temps homogène n'est d'ores et déjà plus le modèle de référence central de la régulation du temps.

Cette norme de temps correspondait à un engagement réciproque entre l'entreprise et la main-d'œuvre, engagement profitable aux deux parties[8]. Les entreprises obtenaient une main-d'œuvre qui avait été formée en leur sein, qui acceptait « l'engagement » fordo-keynésien, ce qui, même du point de vue idéologique, favorisait l'expansion ; de leur côté, les travailleurs obtenaient toutes les sécurités associées aux marchés internes du travail (protection syndicale, avantages de l'entreprise, formation, promotion interne, etc.). Cet échange était positif pour la main-d'œuvre masculine principalement employée dans ce monde industriel. En revanche, les femmes demeuraient fondamentalement reléguées à un rôle de reproduction et accédaient dans de bien moins bonnes conditions au marché du travail.

Temps de travail et temps « libre »

La temporalité de ce modèle de rationalisation industrielle conduit à une opposition binaire entre temps de travail, assimilé au temps de la subordination, et « temps libre », assimilé à un temps d'inactivité. La directive 93/104 du 23 novembre 1993 reprend cette opposition à son compte en qualifiant de « période de repos » toute période durant laquelle le travailleur n'est pas à la disposition de l'employeur[9]. Le temps mesuré de l'exécution du contrat est isolé du temps long de la vie du contractant, et se trouve ainsi consacrée juridiquement la fiction économique d'un travail détachable de la personne du travailleur. Cette fiction occulte tout ce qui dans la vie économique n'est pas directement soumis à une logique d'échange.

Le travail reproductif

Cette opposition du temps de travail et du temps libre ignore tout d'abord le travail reproductif, c'est-à-dire d'une part le travail ménager et éducatif, dévolu principalement aux femmes (soins domestiques, garde et éducation des enfants), et, d'autre part, le travail de formation scolaire et professionnelle (exception faite de l'apprentissage). Elle ignore aussi le temps contraint par le travail, notamment le temps du trajet du domicile au travail, ou le temps libre dévolu en fait au travail (cas de presque tous les emplois créatifs ou de responsabilité, qui préoccupent l'esprit bien au-delà du temps de la prestation).

Ce travail accompli durant le temps « libre » n'est pas compté comme temps de travail (en particulier par les grands indicateurs économiques). Aussi essentiel à la survie de la société que l'air et l'eau, il est traité comme eux sur le mode de l'illimité ; il s'inscrit dans une autre figure du temps :

l'*Aion*, principe créateur éternel et inépuisable, et non pas le *Chronos* dévoreur d'énergie, qui préside au travail salarié[10]. De même que n'est pas comptabilisée dans le monde industriel l'atteinte portée aux ressources les plus fondamentales de l'environnement (l'air, l'eau, la terre), ce monde ignore la place réelle du travail dans le temps de la personne. C'est pourtant cette *charge réelle de travail* qui serait la seule donnée pertinente du point de vue de l'usage de la « ressource humaine ». Se trouve ainsi renvoyée au salarié ou à la collectivité une partie du coût (coûts de reproduction, de transport, etc.) de la ressource humaine utilisée par l'entreprise.

L'inactivité au travail

À l'inverse, cette opposition binaire du temps de travail et du temps de repos conduit en principe à ignorer l'inactivité au travail, et oblige l'employeur à payer le temps de travail indépendamment de l'effectivité ou de l'efficacité de son emploi.

Il y a par exemple en droit français « travail effectif », au sens de l'art. L. 212-4 du Code du travail, lorsque le salarié reste en permanence à la disposition de l'employeur sur les lieux de travail, afin d'être en mesure d'intervenir en cas de nécessité, mais sans qu'il lui soit demandé de participer à la moindre tâche ; et ce temps doit donc être rémunéré comme heures normales de travail[11].

Conséquence favorable celle-là au salarié et non à l'employeur. La directive 93/104 cherche à en réduire la portée. Le temps de travail n'y est pas en effet simplement défini comme « période durant laquelle le travailleur est […] à la disposition de l'employeur » ; il faut de surcroît que le travailleur se trouve « au travail », « dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions » (art. 2-1). Ce qui autorise à qualifier de temps libre un temps où le salarié est tenu d'être à la disposition de l'employeur ; de temps libre un temps subordonné ! L'apparition dans nos lois d'une telle chimère trahit l'impuissance du temps à demeurer la seule unité de mesure du travail, et l'effacement de la frontière entre temps libre et temps de travail.

Le temps de la consommation

Enfin, l'une des caractéristiques majeures du modèle a été d'investir le temps libre comme temps de consommation, et d'opérer ainsi une rupture cruciale avec les pratiques du capitalisme antérieur concernant le non-travail. Celui-ci traitait le temps de non-travail comme un temps de simple récupération, de reproduction de la force de travail. Le fordisme tente d'investir l'aspiration au loisir des travailleurs assujettis à ses contraintes : le temps de non-travail devient un temps de libre disposition, et non de simple reproduction. Pour la première fois, des « paquets » de temps libre

furent attribués aux travailleurs : ils se retrouvent régulièrement en week-end ou en « vacances ». Or, ce mouvement neuf dans l'histoire du temps ne peut se comprendre si on ne prend pas en compte la nouvelle *norme de consommation* que les produits standard et génériques du fordisme véhiculent. Aglietta a, à l'encontre des théories marxistes habituelles, attiré l'attention sur les effets de cette norme[12]. La consommation de produits standardisés par la classe ouvrière devint l'activité centrale du temps de loisirs concédé au cours du New Deal.

« Durant cette période [les années trente], commente l'historien Gary Cross, les objectifs de temps libre eux-mêmes furent progressivement rendus équivalents aux possibilités de consommer ou de rêver à un paradis consumériste […] Le temps libre perdit son statut de finalité en lui-même, résultat de la productivité mais émancipé de la cage d'acier de l'économisme. Au lieu de cela, il devint le chemin d'une consommation de masse capable d'absorber le potentiel illimité de l'industrialisme[13]. »

Ainsi, la distribution de biens et de services standard par le marché fit une concurrence victorieuse aux économies informelles, rurales ou semi-rurales qui organisaient avant le fordisme l'activité domestique.

Disciplines collectives

Le temps sert à rythmer le travail des hommes, à leur imprimer des cadences et des horaires communs. Ces horaires et ces cadences, qu'ils soient définis par l'employeur ou imposés par la machine, donnent la mesure aux travailleurs, comme la donnent aux musiciens le chef ou la basse continue. Cette synchronisation de la vie des travailleurs engendre mécaniquement deux types de solidarité.

Temps de travail et organisation collective

La norme de temps imposée par le travail entraîne tout d'abord une *solidarité entre travailleurs* assujettis aux mêmes horaires et cadences : solidarité de travail, d'organisation et de lutte. C'est le droit du travail lui-même qui assoit les principales formes de solidarité entre travailleurs sur l'organisation collective du temps de travail. Le temps de travail, entendu au sens strict de temps de la prestation, a servi à définir en négatif le temps de l'autonomie collective, qu'il s'agisse de liberté syndicale, de représentation collective dans l'entreprise, ou de grève. Universel abstrait, le « temps de travail » tend plus généralement à masquer l'hétérogénéité foncière des travaux accomplis et de l'expérience du temps qui en résulte. Cette identité de traitement juridique a contribué elle aussi à forger la solidarité entre travailleurs.

Temps de travail et temps de la cité

La synchronisation de la vie des travailleurs entraîne d'autre part une *solidarité entre le temps du travail et le temps de la cité*, celui-ci (temps de l'école, des transports, des loisirs, etc.) s'indexant sur celui-là. Cette solidarité n'est pas ignorée non plus par le droit. L'organisation du temps de travail avait été conçue pour laisser en négatif un temps à la vie sociale, qu'il s'agisse de la nuit, du dimanche, des périodes de congés payés ou des périodes scolaires. Les disciplines collectives nées du temps de travail trouvent aussi leur écho dans les règles qui président au temps, de plus en plus long et dangereux, du transport entre l'entreprise et le domicile.

Mais la réduction du temps de travail favorisée par le modèle fordiste a surtout conduit à la normalisation du temps de la consommation. Là se trouve sans doute l'innovation principale de ce modèle. Il lui fallut en effet organiser le contexte normatif qui permette à la femme de quitter ses fourneaux pour passer du temps à faire des courses dans les grands magasins. Il fallut arracher les enfants aux terrains vagues et aux arrière-cours pour les entraîner dans des parcs de jeux, sur les plages et au cinéma voir les films de Walt Disney. Le passage à la consommation de masse suppose une redéfinition des styles de vie. C'est pourquoi le temps libre n'y est bienvenu que s'il se prête à une surdétermination par un dispositif de production *conformiste* de la norme. Mais cette réduction du temps contraint de travail portait en elle-même une contradiction : libérant du temps, elle offrait aussi, tout en décevant les espoirs mis en lui, un espace de liberté et de diversification des choix de vie individuels et collectifs.

La norme de consommation visée n'est pas seulement nouvelle par son contenu, elle l'est surtout par son mode de fonctionnement. Cette norme n'est ni formelle, ni coutumière, ni contractuelle. Elle ne s'impose ni par l'autorité statutaire, ni par la discussion contractuelle, ni *via* une autorité communautaire ou la force de la tradition. Elle fonctionne plutôt à travers un dispositif de *persuasion* organisée de manière systématique. L'espace de la consommation est contrôlé par de nouveaux pouvoirs qui s'imposent à travers le marketing et la publicité. Comme dans l'atelier taylorien, il s'agit d'intensifier les flux et de standardiser l'action. Du seul fait d'être située dans un temps considéré comme « temps de loisir », l'opération se trouve soumise à d'autres modalités. La suggestion psychosociologique devient un instrument privilégié du contrôle ; le mimétisme de masse, un canal de la légitimité. Ainsi cherche-t-on à coordonner les acteurs dans l'espace de la consommation, et ainsi à coordonner cet espace avec l'espace de la production.

*

Mesure de la subordination, discipline collective : sous ces deux aspects, le temps de travail est un temps mesurable et sécable, un temps abstrait qui se prête aisément à la quantification. Et il vise un travail également abstrait, défini par la subordination à titre onéreux, et postulant des collectifs de travail.

La conception traditionnelle du temps de travail ordonne donc le monde autour de deux pôles. D'une part le pôle du temps chronométrique, où se trouvent le travail reconnu et rémunéré, les travailleurs, et les solidarités professionnelles ; c'est le temps masculin par excellence, auquel les femmes doivent se plier si elles entendent y participer sur un pied d'égalité[14]. D'autre part le pôle du temps illimité, temps féminin où se retrouvent d'abord les retraités, les femmes et les enfants[15], leurs travaux méconnus et gratuits, les solidarités non professionnelles, le repos, ou la consommation… Cette bipolarité ne rend plus compte du monde d'aujourd'hui.

Fragmentation du temps de travail

Les nouvelles formes d'organisation du travail ont profondément remis en cause les équilibres du modèle. Il faut partir de l'analyse de ces transformations pour comprendre les nouvelles figures du temps qui émergent en droit du travail.

Les transformations de l'organisation du travail

Le capitalisme avait largement forcé le travail à se soumettre à un régime formel-hiérarchique du temps. Or cette tendance séculaire marque de nets signes d'épuisement, à tout le moins dans les pays développés. De nouveaux modes de rapports aux temps s'installent dans l'organisation du travail dans l'entreprise et dans la vie des travailleurs. À cela s'ajoute l'incidence sur le temps de travail des politiques de l'emploi.

L'organisation du travail dans l'entreprise

Cette transformation apparaît, en demi-teinte, dans le secteur manufacturier, où de nouvelles méthodes de gestion, venues notamment du Japon, modifient le rapport au temps. Elle se marque encore plus

nettement dans l'économie tertiaire en développement. Dans les deux cas, elle aboutit à saper le modèle d'un temps homogène.

Dans le secteur manufacturier

Dans le secteur de la production de masse, de nouvelles institutions reconfigurent l'organisation du travail. On pense ici naturellement aux variantes du « ohnisme[16] », qui abandonne les principes tayloriens de fragmentation analytique des gestes et des temps pour repenser les conditions de la production en série. Ce modèle du « juste à temps », mieux adapté au contexte d'incertitude qui caractérise l'économie contemporaine, a peu ou prou tendance à se répandre dans les pays industrialisés. La caractéristique du modèle est que la norme de production n'est plus fixée *a priori*, mais épouse les mouvements conjoncturels de la demande. Cela se traduit, au plan interne des entreprises, par la disparition des stocks et par une polyvalence des ouvriers : les « lignes » sont recomposables et reconfigurables rapidement de façon à favoriser la rapide reprogrammation, qualitative et quantitative, de la production. Le contrôle, pour sa part, ne suit plus les voies hiérarchiques et pyramidales de l'entreprise : son intensification va de pair avec une plus grande horizontalisation des processus de surveillance et le déploiement de mécanismes d'incitation et d'intéressement[17].

Certes, ce type d'organisation du travail ne rompt ni avec les objectifs du taylorisme (intensifier le travail), ni avec certaines de ses caractéristiques (même si elle intègre une contrainte de diversification, la production est encore orientée vers des produits standard, écoulés *via* un marketing offensif). En ce sens, il n'est pas faux d'y voir un néofordisme[18]. Cependant, cette mutation partielle ne laisse pas inchangés les principes d'organisation temporelle du travail, dans la mesure où elle entraîne une flexibilisation des horaires et des rythmes, puisque ceux-ci dépendent plus de la demande effective que de la programmation *a priori* de l'offre. Dans un tel contexte, la fixation d'un horaire standard à respecter devient un obstacle à la rationalisation des coûts.

Dans le secteur tertiaire

Les principes de rentabilité des services ne se ramènent que très partiellement aux économies d'échelle propres aux produits industriels. La qualité de l'interaction qui se noue entre le prestataire de services et son bénéficiaire est le vrai moteur de création de la plus-value. L'expansion de la société de services impose une diversification toujours plus grande des régimes de temporalité : régimes contraignants liés aux roulements

continus et à l'assistance à domicile ; modalités diverses de *consulting* ; nouveaux services liés aux exigences de la communication (travail dans les médias, activités des services financiers et commerciaux connectés à des circuits internationaux, dans lesquels les temps et les horaires de travail dépendent des fuseaux horaires et des horaires des activités de change financier ou commercial). La tertiarisation même des villes comporte une demande de distractions sociales (théâtre, musées, services sociaux) imposant un élargissement de la disponibilité de certains services qui se transforment inévitablement en contraintes pesant sur le temps de travail.

En Suède, par exemple, le secteur public employait 21 % de la population active en 1970, 27 % en 1980 et 30 % en 1990. Dans le secteur privé, l'activité de services a crû encore plus vite et employait 39 % de la population en 1992. La même année, l'industrie n'employait plus que 20 % de la population[19].

C'est donc bien évidemment dans ce secteur que la déconstruction du régime formel-hiérarchique du temps est la plus avancée. Un régime contractuel lui est substitué, qui intègre le client comme une de ses composantes essentielles. Ainsi, dans nombre de pays européens (Grande-Bretagne, Pays-Bas, France), un mouvement est engagé d'élargissement des horaires d'ouverture des magasins et des services qui retentit fortement sur les conditions de vie de leurs salariés et pousse à la déstructuration des derniers temps collectifs qui rythmaient la vie de la cité (repos hebdomadaire, notamment).

On observe dans plusieurs pays (France, Allemagne, Belgique) un fort attachement des salariés à la règle du repos dominical malgré les campagnes destinées à orchestrer une demande sociale d'ouverture des commerces le dimanche. Pour des raisons semblables, on observe de fortes résistances au travail du samedi chez les salariés habitués à la semaine de cinq jours. En revanche, les horaires variables (horaires à la carte) ont connu un vif succès chez les salariés dès les années soixante-dix, et les syndicats ont dû renoncer à y faire obstruction. De même, les congés parentaux connaissent un succès certain, ainsi que les congés de formation, là où ils existent. Tout cela incline à penser que l'individualisation des modes de vie et des comportements se combine chez les salariés avec le souci de maintenir les conditions d'une vie sociale normale, spécialement, mais non exclusivement, sur le plan familial.

L'organisation de la vie de travail

La modification des règles d'organisation du travail entraîne une érosion du rapport salarial lui-même. C'est le modèle archétypal d'une temporalité « normale » du travail qui est mis en question.

Cette remise en question s'opère par de très nombreux canaux. Elle peut résulter des politiques de l'emploi qui favorisent le temps partiel ou la réduction négociée du temps de travail (voir *infra*). Elle peut résulter également des politiques de Sécurité sociale. Ainsi la fixation de l'âge de la retraite est le lieu de mesures contradictoires. D'un côté, les politiques de l'emploi ont pu conduire à avancer l'âge de la retraite ou à recourir massivement aux préretraites pour peser sur la demande d'emploi. De l'autre, les évolutions démographiques et l'allongement de l'espérance de vie conduisent à allonger les durées de cotisation nécessaires à l'obtention d'une pension de retraite à taux plein. D'un côté le droit du travail favorise les carrières discontinues et l'alternance de périodes de travail à temps plein et à temps partiel et de périodes d'inactivité. De l'autre, les systèmes de pensions durcissent les conditions de continuité de l'itinéraire professionnel pour obtenir un bon niveau de pension. Tout cela conduit à une individualisation de l'âge et des formes de départ en retraite.

Autre facteur d'individualisation : l'essor des formes atypiques d'emploi, telles que les contrats à durée déterminée ou le travail intérimaire. La pluriactivité et le travail clandestin deviennent des stratégies parfaitement rationnelles de la part des travailleurs, entraînant le développement d'un secteur informel, voire illégal, où s'exerce le « deuxième boulot » d'une population précarisée.

L'individualisation résulte enfin des nouvelles formes d'aménagement du temps de travail. Les enquêtes confirment l'individualisation croissante de l'organisation du temps de travail et une importante diminution du pourcentage de salariés ayant le même horaire tous les jours, et le même nombre de jours ouvrés par semaine.

Ainsi, en France[20], le nombre de salariés travaillant un nombre variable de jours par semaine s'est accru de 11,1 % à 14,7 % entre 1984 et 1991. Mais le poids relatif des horaires rendus variables par l'entreprise reste stable (24,7 % en 1984 et 24,3 % en 1991) tandis qu'augmente celui des horaires libres « choisis » par les salariés (horaires à la carte et horaires libres, qui passent de 16,1 % à 23,1 % sur la même période). Sur ce point, la diversification des temps de travail ne correspond donc pas principalement aux nouvelles modalités d'organisation ouvertes à la négociation collective. Cet essor des horaires déterminés individuellement concerne principalement deux catégories professionnelles : les cadres et professions intellectuelles supérieures et les professions administratives et commerciales des entreprises. En revanche, pour les ouvriers et employés, c'est l'entreprise qui impose le plus souvent les horaires atypiques. Ainsi, la proportion d'ouvriers travaillant en équipes successives est passée de 25,5 % en 1982 à 34,1 % en 1990. Ainsi que l'observe J. Freyssinet (*op. cit.*, p. 192), « les modalités qui ont donné lieu aux controverses les plus vives (modulation annuelle, équipes de fin de semaine, travail de nuit des femmes) ne constituent globalement que des mécanismes mineurs de flexibilisation des temps de travail. Ce sont toujours les instruments traditionnels (heures supplémentaires, chômage partiel) qui jouent le rôle principal », amplifiés par le développement substantiel du travail à temps partiel depuis le début de cette décennie.

En Grande-Bretagne, l'absence de restrictions légales sur l'organisation du travail et le temps de travail a facilité la diversification des types d'organisation du travail. Seulement 10 % des employés

du Royaume-Uni travaillent quarante heures par semaine (et seulement 40 % ont une semaine habituelle de travail de trente-six à quarante-cinq heures). Dans un petit nombre de cas, des modèles plus inhabituels commencent à apparaître, par exemple : neuf jours de travail sur quinze ; des contrats d'heures annuelles avec un temps de travail par semaine supérieur pendant les périodes de grande activité et inférieur le reste du temps ; quatre jours de dix heures de travail par semaine.

C'est dire que le modèle du temps homogène promu par le droit social ne convient plus à la situation nouvelle du monde productif. Ainsi s'explique la pression en faveur d'une flexibilisation des normes temporelles, telle que l'annualisation du contrat de travail, ou même des mesures radicales comme la suppression de la durée légale du travail. Cette notion même est remise en question par le mode nouveau de gestion de l'incertitude, supposant une grande flexibilité des entreprises… et des individus.

Faute de prendre en compte cette mutation du régime temporel de la production, on risque de profondément se méprendre sur les effets d'une flexibilisation et sur la prétendue réduction « nécessaire » du temps de travail. On se heurte en effet à un paradoxe : il semble que nous travaillions moins, et en même temps que nous soyons surmenés. Ce paradoxe s'éclaire si on prend en compte le fait que la réduction quantitative du temps de travail s'accompagne d'une transformation qualitative. Le taylorisme segmentait les tâches, dépersonnalisait le travail de façon à le rendre substituable. Aujourd'hui, une bonne part de la production se repersonnalise en vertu du changement global d'orientation de la production vers le tertiaire, obligeant à une plus forte implication subjective du travailleur. Une description seulement quantitative du temps de travail laisse dans l'ombre ces profonds changements qualitatifs qui nous conduisent à une situation très complexe, où la réduction peut aller de pair avec une intensification de la prestation (ou avec du travail effectif continu et « caché », comme dans le cas des cadres[21]).

En France, les inspecteurs du travail signalent une tendance des entreprises à exiger des salariés une certaine disponibilité en dehors des horaires légaux, sans reconnaissance juridique d'aucune sorte de ce temps de travail supplémentaire. D'une manière générale, la déréglementation (par renvoi aux « accords » d'entreprise) de l'organisation du temps de travail rend de plus en plus difficile le contrôle, et donc la connaissance des pratiques réelles de dépassement des horaires inscrits. De nombreux abus sont signalés, dans les secteurs d'activité les plus divers[22].

C'est pourquoi le droit social ne peut plus se contenter de régir le temps de travail par une norme homogène aux effets supposés mécaniques.

Organisation du travail et politiques de l'emploi

L'installation dans la plupart des pays européens d'un chômage massif et de longue durée a conduit à voir dans le partage du temps de travail un

instrument possible de lutte contre le chômage. Cette politique de l'emploi présente divers aspects qui ont été diversement combinés selon les pays.

La promotion du temps partiel

La comparaison des différentes législations nationales montre que l'incitation au temps partiel peut répondre à trois motifs principaux : faciliter la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, flexibiliser l'emploi, partager l'emploi[23]. Au niveau communautaire, les partenaires sociaux ont cherché eux aussi à encourager le travail à temps partiel, en soumettant celui-ci à un principe de non-discrimination et en encourageant les allers/retours du temps plein au temps partiel[24]. Cette incitation au temps partiel n'intéresse pas le seul droit du travail, ainsi que le montre l'examen des droits nationaux.

En Allemagne, il existe une forte incitation financière à recourir aux emplois à temps réduit (le « petit » travail à temps partiel de moins de quinze heures par semaine et d'un salaire de moins de 610 DM en Allemagne de l'Ouest ou 520 DM en Allemagne de l'Est), puisque ces emplois ne sont pas assujettis aux cotisations sociales. Selon différentes estimations, il y a entre 1,1 et 3,3 millions d'employés en Allemagne qui ont un tel emploi réduit. Si l'on y ajoute les personnes qui ont un tel emploi réduit en sus d'un emploi principal, il y a entre 500 000 et 2 000 000 d'employés de plus. Le 14 décembre 1995 (C 444/93, Slg. 4744), la Cour des Communautés européennes a jugé que cette règle n'est pas une discrimination en raison du sexe, bien qu'elle concerne des femmes dans la plupart des cas et les excepte de l'assurance sociale.

Au Royaume-Uni, le droit fiscal traite les maris et les femmes comme des unités séparées, et favorise donc le modèle où chacun des deux époux occupe un temps partiel. Le système de la Sécurité sociale renforce cette incitation. Les travailleurs qui gagnent moins que le revenu minimum (*lower earnings limit* : actuellement 62 £ par semaine) ne paient pas de cotisations et leurs employeurs non plus.

Aux Pays-Bas, un projet de loi prévoit de donner aux travailleurs un véritable droit au passage au temps partiel, droit opposable à l'employeur dans les limites fixées par la loi. Ce droit a déjà été reconnu sous des formes plus ou moins impératives dans les législations d'autres pays européens.

La notion même de travail à temps partiel recouvre des situations très variées, dont le seul trait commun est de se définir par leur écart avec la durée « normale » de travail. La situation la plus fréquente est celle où le temps partiel est plus subi que choisi. Elle concerne principalement les femmes, et ne conduit pas à une redistribution équilibrée des responsabilités familiales. En France, en 1996, le travail à temps partiel touchait près de 3 millions de personnes (contre moins de 2 millions en 1982), très majoritairement des femmes. Cette augmentation correspond pour une part (difficile à mesurer) aux mesures d'encouragement financier (dégrèvement de cotisations) et aux politiques de partage du travail. Il peut être véritablement choisi (notamment dans la fonction publique), mais est le plus souvent subi par les intéressé(e)s faute d'avoir trouvé un emploi à temps plein. Il concerne surtout les salariés les moins diplômés et les emplois non ou peu qualifiés. Il se concentre surtout dans le secteur tertiaire (marchand et non marchand) et intéresse toutes les classes d'âge, avec cependant un poids relatif plus important chez les femmes de plus de 40 ans (contrairement à l'idée qu'il serait d'abord un moyen de conciliation du travail et de la maternité[25]).

Le travail à temps partiel est répandu dans l'économie britannique depuis plus de vingt-cinq ans. En 1980, 21 % de l'ensemble des employés (42 % de la main-d'œuvre féminine) travaillaient à temps partiel. En 1996, 25 % des employés travaillaient à temps partiel (dont 44 % des femmes). Ces proportions n'ont pas changé de façon significative au cours de ces dernières années. La majorité écrasante (neuf sur dix) des travailleurs à temps partiel sont des travailleurs fixes. Le travail à temps partiel se concentre dans le secteur des services, en particulier des services publics tels que la santé

et l'éducation, mais également dans le secteur de la vente au détail, le secteur hôtelier et la restauration. Le travail à temps partiel a chuté dans l'industrie de transformation au cours des vingt dernières années. Les femmes acceptant plus facilement d'occuper des emplois à temps partiel, on assiste au développement de situations familiales où c'est la femme qui gagne ainsi l'argent du ménage, tandis que l'homme est enfermé dans le chômage.

Le temps partiel occupe une place moins grande dans les pays du Sud, mais il s'y développe également. Ainsi, en *Espagne*, il est en progression depuis 1987, et se situait à 7,5 % en 1995 (source : *L'Emploi en Europe*, 1996) ; il est égal au taux du Portugal et devance uniquement l'Italie (6,4 %) et la Grèce (4,8 %) ; ce taux était de 2,7 % chez les hommes contre 16,6 % chez les femmes. De 75 à 80 % des travailleurs à temps partiel sont des femmes. Chez les hommes, il se concentre dans l'agriculture, l'hôtellerie, le commerce de détail et l'enseignement. L'emploi à temps partiel des femmes se répartit entre le service domestique (un peu plus de 50 %), les services d'entreprise et les activités récréatives, culturelles et sportives (12 %), l'hôtellerie et les services personnels (11 %), l'enseignement (9 %) et d'autres activités de services. Pour des raisons d'âge, les taux les plus élevés de travail partiel apparaissent dans les tranches extrêmes (plus de 65 ans et les jeunes), aussi bien chez les femmes que chez les hommes.

En ce qui concerne l'*Italie*, le très faible taux de temps partiel peut aussi s'expliquer par : 1) une présence plus forte de l'autoemploi et des travailleurs indépendants (environ 28 % des employés italiens) ; et 2) la plus forte présence de petites et très petites entreprises (environ 90 % des entreprises en Italie emploient moins de neuf travailleurs dépendants). Les « solutions organisationnelles » agissent en guise d'équivalent fonctionnel du temps partiel ou d'autres formes d'emploi flexible. Le taux très faible de temps partiel en Italie (il en est de même dans d'autres pays méridionaux européens) est aussi dû : 3) au grand nombre d'emplois informels et au noir, qui peuvent constituer une alternative au temps partiel ; et 4) à une forte augmentation du nombre de formes nouvelles d'emplois atypiques (tels les contrats de collaboration continue en Italie) qui, dans certaines conditions, peuvent représenter *de facto* des alternatives au temps partiel.

Le rôle de l'État-employeur (employeur à temps partiel pour les femmes) se doit d'être souligné. Il existe, en fait, un contraste réel entre le travail à temps partiel du marché du travail, tel qu'on le voit aux États-Unis et au Royaume-Uni, où les femmes sont effectivement les « pauvres parmi les travailleurs » occupant des emplois de service à temps partiel, et les modèles globaux de l'État-providence du nord et du centre de l'Europe, où le travail à temps partiel féminin est largement concentré sur le secteur public. Pour ce motif, une expansion du travail à temps partiel peut exercer différents effets sur « le civisme du travail », selon qu'elle se fait en suivant le modèle néolibéral (des emplois de mauvaise qualité à temps partiel dans les services) ou en suivant la ligne « welfariste ».

Aux Pays-Bas, la fréquence du travail à temps partiel et les nouvelles formes d'organisation et de la division du travail au sein de jeunes familles ont produit au cours des dernières générations le glissement du modèle classique du « père travaillant à plein temps/mère au foyer » vers un modèle intermédiaire du « père travaillant à plein temps/mère travaillant à temps partiel ». Cela favorise une combinaison des rôles de production et de reproduction de sorte que les deux partenaires travaillent souvent à mi-temps, dans la plupart des cas dans le secteur des services.

Dans le modèle néerlandais, l'implantation du travail à temps partiel, à l'inverse d'autres pays, est principalement volontaire et correspond à des modèles structurés qui sont suffisamment durables, stables et bien rémunérés pour garantir certains niveaux de vie[26]. Ce modèle de longue durée, volontaire et flexible du travail à temps partiel, également adopté par des jeunes travailleurs masculins, a entraîné une réduction prononcée du taux de chômage et explique le grand intérêt que suscite la situation hollandaise.

Enfin, il nous faut aussi nous rappeler que, dans les pays européens où le temps partiel est développé, les taux de participation des femmes au marché du travail sont nettement plus élevés ; il faut souligner à cet égard le rôle de l'État-providence en tant qu'employeur des femmes à temps partiel.

Évolution du recours au temps partiel

	Emplois à temps partiel en % de l'emploi total	
	1973	1993
Royaume-Uni	16	23,3
Allemagne	10,1	15,1
France	5,9	13,7
Italie	6,4	5,4
Irlande	5,1	10,8
Espagne	–	6,6
Portugal	7,8	7,4
Grèce	–	4,3
Danemark	22,7	23,3
Pays-Bas	16,6	33,4
Suède	23,6	24,9
Norvège	27,3	27,1

Source : ILO World Employment 1996/1997

La réduction de la durée légale du travail

L'idée de réduire le chômage par le partage du travail n'est pas neuve et avait déjà été avancée lors de la crise des années trente. Elle a pu contribuer à encourager le développement du temps partiel, mais a conduit également certains pays à réduire la durée hebdomadaire du travail ou à avancer l'âge de la retraite dans le but de favoriser l'embauche.

L'Allemagne a été à la pointe de cette politique de réduction du temps de travail. Après une grande grève, le syndicat de la métallurgie (IG Metall) obtint en 1984 une réduction du temps de travail à moins de quarante heures par semaine, d'abord à trente-huit heures et demie. En contrepartie, le syndicat acceptait des modulations du temps de travail relatives aux horaires et à la durée du temps de travail des diverses catégories d'employés. La réduction du temps de travail reste un des principaux objectifs des syndicats allemands dans une perspective de partage du travail. Ils sont aujourd'hui disposés à accepter une diminution de salaire correspondante, en contrepartie d'un engagement patronal de maintien de l'emploi. Le plus célèbre des accords de ce type (Bündnis für Arbeit) a été conclu par Volkswagen AG. Il prévoyait une réduction du temps de travail de trente-cinq à vingt-huit heures par semaine. D'autres entreprises ont suivi cet exemple. Toutefois, cette politique semble aujourd'hui marquer le pas, tandis que la modulation du temps de travail continue de se répandre dans les conventions collectives.

En France, la loi Robien, du 30 mai 1996, prévoyait qu'une réduction de 10 % du temps de travail qui crée (ou sauve) 10 % d'emplois ouvrait droit à une exonération de 40 % de cotisations sociales pendant un an et de 30 % durant les six années suivantes. Une option est offerte entre cette formule 10/10/40-30 et une formule renforcée 15/15/50-40. Cette loi a dû une part de son succès (et aussi des critiques qui lui ont été adressées) au fait ; que l'exonération est acquise pour sept ans à l'entreprise qui, en retour, ne s'engage que sur deux ans à maintenir ses effectifs. Fin 1997, 1 142 accords avaient ainsi été signés, dont les deux tiers pour créer (et un tiers pour sauver) des emplois. 37 % des entreprises ont réduit la durée hebdomadaire, tandis que les autres ont lié réduction et flexibilisation des horaires[27].

C'est notamment sur la base des résultats de cette loi que le gouvernement issu des élections de mai 1997 s'est engagé à réduire la durée hebdomadaire du travail à trente-cinq heures d'ici au 1er janvier 2000 (2002 pour les entreprises de moins de vingt salariés). Une loi en ce sens a été adoptée en 1998. Cette loi précise notamment l'aide que l'État apportera aux entreprises qui anticiperont cette échéance et lieront cette réduction du temps de travail à des embauches de nouveaux salariés ou à la sauvegarde d'emplois existants. La mise en œuvre de cette réduction est renvoyée à la négociation collective, qui eut à opter soit pour une réduction effective de la durée hebdomadaire, soit pour une réduction dans un cadre annuel, soit pour l'attribution de congés supplémentaires. Le patronat (CNPF) a exprimé sa forte opposition de principe à cette démarche.

Un débat s'est engagé en Suède sur l'efficacité d'une réduction du temps de travail destinée à favoriser l'emploi. Cette thèse est défendue par les partis de gauche (Gudrun Schyman) et par les écologistes (Birger Schlaug), tandis que le principal syndicat (LO) défend l'idée que la réduction du temps de travail doit être un objectif à long terme indépendamment des questions d'emploi et que le patronat soutient qu'une telle réduction aurait des effets négatifs sur l'économie et sur l'emploi.

Récemment, le gouvernement italien a présenté un projet de loi afin de réduire la durée du travail hebdomadaire à trente-cinq heures, qui a soulevé un vif débat entre les partenaires sociaux. En ce moment, il semble probable que la solution consistera en un échange entre plus de flexibilité (négociée avec les syndicats) et moins d'heures de travail, cela avec un quota de financement public destiné à encourager les entreprises à souscrire à cet échange.

Enfin, au plan communautaire, cette idée a été consacrée par une résolution du Parlement de Strasbourg (1996) faisant siennes les préconisations du rapport Rocard ; l'idée est de moduler le poids des cotisations sociales qui seraient fortement abaissées pour les trente-deux premières heures de travail hebdomadaire et alourdies au-delà.

Là où les produits et services incorporent une haute qualification, le travail – en tant que facteur de production – est un élément essentiel du processus de création capitaliste de valeur et, par conséquent, il peut s'avérer difficile à redistribuer, ainsi que nous l'enseignent les théories d'un marché du travail segmenté. Par conséquent, l'échec de la redéfinition du modèle de travail dominant pourrait faire courir le risque que les mesures destinées à réduire, de façon considérable, la durée du travail hebdomadaire ne fassent, en définitive, qu'encourager le double emploi *(double workers)*. Quoi qu'il en soit, même s'il n'est pas prouvé qu'une réduction du temps de travail hebdomadaire débouchera sur la création de nouveaux emplois, et considérant en même temps le grand nombre de personnes privées d'emploi en Europe, il est malgré tout impossible de ne pas tenir compte de cette possibilité.

Mais, quels que soient leurs effets sur l'emploi, les mesures prises pour réduire le temps de travail ou la durée de la vie de travail (par recours aux préretraites) vont de pair avec des procédures de diversification de leur

mise en œuvre. Le cas français de la réduction de la durée légale du travail en est un bon exemple. La loi impose une réduction à trente-cinq heures, mais, la mise en œuvre de cette loi étant renvoyée à la négociation collective, cette réduction pourra prendre des formes variées (annualisation du temps de travail, alimentation de comptes épargne-temps, etc.) et ne sera pas enfermée dans le cadre hebdomadaire. En sorte que la mise en œuvre de la loi contribuera à diversifier encore davantage les horaires de travail.

Les avatars du « temps de travail » en droit du travail

Les transformations qui se donnent à voir en droit du travail sont le fidèle reflet de celles que l'on observe dans l'organisation du travail. Le travail subordonné fait place aux formes de travail non subordonnées qui avaient été jusqu'à présent noyées dans le temps « libre ». Les disciplines collectives déclinent au profit d'une organisation individualisée du temps de travail. Émerge ainsi une nouvelle conception du temps de travail, à la fois hétérogène et individualisé.

Un temps hétérogène

L'opposition binaire du temps de travail et du temps libre reposait sur une notion homogène de temps de travail, entendu comme temps de la subordination. Dès lors que cette homogénéité se perd, la porosité de la frontière entre temps libre et temps de travail s'observe de quelque côté qu'on la regarde.

• Par deux voies différentes, le *temps libre vient se loger dans le temps de travail salarié*

D'une part sous la forme de droits à congés ou absences qui permettent de rendre au salarié la liberté de son temps sans remettre en cause la pérennité du lien contractuel (de subordination). De très nombreux droits à congés ou absences[28] ont vu le jour ces dernières années, dont la caractéristique commune est de suspendre le contrat de travail à l'initiative des salariés, et dont la durée est, dans certains cas, et à des degrés variables, assimilée au temps de travail. Le salarié peut ainsi interrompre momentanément l'exécution de son contrat pour se consacrer à des activités privées (soin et éducation des enfants, congés sabbatiques, etc.), à des activités publiques ou d'intérêt général (politiques, judiciaires, administratives, associatives, etc.) ou même à des activités professionnelles (représentation collective[29], formation professionnelle ou

syndicale, création d'entreprise, participation aux juridictions ou aux institutions sociales, etc.).

En Suède, les parents disposent d'un droit à congé parental de quatre cent cinquante jours ; ils perçoivent une indemnité journalière de 75 % du salaire moyen pendant les trois cent soixante-cinq premiers jours et un montant forfaitaire au-delà. Ces droits sont ouverts jusqu'au huitième anniversaire de l'enfant ou jusqu'à l'issue de sa première année de scolarité. Les deux parents peuvent, dans certaines limites, se partager ces droits entre eux, et les utiliser pour travailler à temps partiel. Un droit à absence pour enfant malade leur est également reconnu, dans la limite de soixante jours par an et par enfant, pendant lesquels ils perçoivent également 75 % de leur salaire moyen. Ce droit peut être transféré à un tiers (un parent par exemple) qui reçoit alors une indemnité calculée sur la base de ses propres revenus.

En Belgique, la loi du 22 janvier 1985 institue la « pause-carrière ». Si le travailleur s'entend avec l'employeur pour suspendre l'exécution de son contrat de travail, ou s'il demande l'application d'une telle suspension prévue par une convention collective, une allocation d'interruption (relativement basse) lui sera versée par l'Office national de l'emploi, sous certaines conditions. Cette interruption doit être de six mois au moins. Pour l'ensemble de la carrière professionnelle, elle peut atteindre cinq ans. En contrepartie, il est exigé de l'employeur qu'il prenne l'engagement de remplacer ce travailleur par un ou des chômeur(s) complet(s) indemnisé(s).

Aux Pays-Bas, des projets de loi en préparation prévoient le « rachat » par le salarié d'une partie des congés annuels, de telle manière que les travailleurs puissent en disposer à leur entière convenance.

La nouvelle réglementation sur le congé parental en Italie (février 1998) traite sur un pied d'égalité les hommes et les femmes. Ainsi, les pères seront libres de quitter leur travail pour s'occuper des enfants s'ils en font la demande, dès lors que le couple aura choisi une division plus égalitaire des tâches domestiques. Cette égalité des termes en matière de congé parental est une réelle innovation dans le droit italien de la famille, car le congé n'était pas, jusqu'à présent, reconnu pour les hommes.

D'autre part, le temps même de l'exécution du contrat de travail ne s'identifie plus forcément à un temps de travail subordonné. Il se peut tout d'abord qu'au lieu de travailler le salarié soit appelé par l'employeur à suivre une formation professionnelle destinée à accompagner ou prévenir l'évolution de son emploi. Il se peut aussi que son employeur lui octroie une large autonomie dans l'emploi de son temps en contrepartie d'obligations de résultats (gestion par objectifs), ce qui le rapproche de la situation du travailleur indépendant (la contrainte ne disparaît pas ; elle est intériorisée).

• *À l'inverse, le travail salarié projette son ombre sur le temps libre.* Ce phénomène se présente lui aussi sous deux formes bien différentes

La première correspond à une *extension du champ de la subordination dans la sphère privée du salarié.* Les nouvelles formes de travail à domicile et les possibilités ouvertes par le travail en réseau informatique sont une illustration bien connue de cette extension, qui prend à revers à peu près toutes les prescriptions du droit du travail (durée, hygiène et sécurité, travail des enfants, etc.) et mêle de façon inextricable le temps de travail salarié et le temps libre.

Il en va de même de la pratique des « astreintes » (travail au sifflet : *on call*) qui mettent à mal la définition traditionnelle du temps de travail. Comment qualifier ce temps où le salarié ne travaille pas pour le compte de son employeur, mais doit se tenir prêt à répondre à toute réquisition de sa part ? Le temps ainsi assujetti n'est ni du temps libre ni du temps de travail. C'est un temps d'un troisième type, un temps d'astreinte, comparable aux « gardes » assurées par certaines professions libérales (médecins, pharmaciens, infirmières), et dont la qualification et le régime juridique restent à définir en droit du travail.

Le même problème se retrouve enfin avec certaines formes de travail à temps partiel. Ainsi le temps partiel annualisé (dit aussi travail intermittent) peut conduire à une indétermination de l'emploi du temps du travailleur, auquel l'employeur peut faire appel à tout moment. Ici encore, on qualifie de temps « libre » un temps qui est à la disposition de l'employeur. Un effet voisin résulte des horaires à temps partiel fragmentés sur une même journée, laquelle se trouve entièrement obérée par la contrainte de l'emploi alors qu'une partie seulement est rémunérée[30].

L'assimilation de certaines périodes de temps libre à du temps de travail est une manifestation différente du même phénomène. Elle ne se rencontre pas seulement dans le cas, déjà évoqué, des congés ou absences du salarié, mais aussi dans celui d'activités jugées socialement utiles, et susceptibles d'être accomplies par des non-salariés. Trois types d'activités de ce genre peuvent être repérées, qui sont éventuellement sujettes à assimilation partielle à du temps de travail en droit du travail ou de la Sécurité sociale :

– les activités de soins aux personnes (charge de personnes dépendantes : enfants, handicapés, vieillards) ;

– les activités de formation professionnelle (statut du stagiaire de la formation professionnelle) ou de recherche d'emploi (statut du chômeur) ;

– les activités bénévoles d'intérêt collectif.

Cette technique d'assimilation contribue à rendre encore un peu plus flou l'ensemble recouvert par la notion de temps de travail. De plus en plus hétérogène, le temps de travail est aussi de moins en moins collectif.

Un temps individuel

La durée et l'aménagement du temps de travail ont été à la pointe du mouvement de décentralisation de la réglementation de la relation de travail, développée en cascade de l'État vers l'individu. De la loi à la convention de branche, de la convention de branche à l'accord d'entreprise ou d'établissement, de l'accord collectif au contrat individuel, la

réglementation du temps s'est fragmentée à l'infini (voir sur ce point, le chapitre suivant sur l'organisation collective).

En Espagne, le Statut des travailleurs dès 1980 et surtout sa réforme de 1994 ont attribué à la négociation collective, voire au contrat de travail ou même au pouvoir de direction de l'employeur, l'essentiel de la définition de l'aménagement du temps de travail. Sont ainsi développées de très nombreuses formes de flexibilité (annualisation, travail de nuit, journées continues, etc.) qui donnent naissance à des temporalités très différentes d'un secteur à l'autre, d'une entreprise à l'autre ou même d'un travailleur à l'autre dans la même entreprise.

En France, un large champ de dérogations au cadre légal a été ouvert à la négociation. L'accord collectif peut ainsi augmenter ou diminuer le volume légal du contingent annuel d'heures complémentaires auquel l'employeur peut recourir sans autorisation. Il peut également mettre en place des horaires spéciaux de fin de semaine qui échappent à la règle du repos dominical. Il peut organiser le travail par équipes, l'horaire variable individualisé, le travail de nuit. Il peut enfin substituer à la durée hebdomadaire soit une organisation plurihebdomadaire (horaires cycliques), soit une modulation annuelle du temps de travail.

En ce qui concerne l'Allemagne, on peut citer la convention collective de la métallurgie en Rhénanie-Westphalie. Cette convention n'est pas seulement typique pour cette région et ce secteur, mais donne une bonne illustration de la tendance générale. Elle prévoit quatre moyens d'action.

Premier moyen : la durée totale du travail. Depuis le 1er octobre 1995, en règle générale, la durée totale du travail sera de trente-cinq heures par semaine pour un employé à temps complet. Existent néanmoins de nombreuses possibilités de dérogation pour les entreprises. L'entreprise peut se mettre d'accord avec son employé sur un emploi à temps partiel. Depuis 1994, un accord particulier entre l'employeur et le comité d'entreprise *(Betriebsrat)* peut réduire la durée du travail jusqu'à trente heures par semaine pour tous les employés de l'entreprise ou de certaines parties de l'entreprise ou pour certains groupes d'employés, sans que l'accord individuel des intéressés soit nécessaire. Cet accord d'entreprise a pour effet une réduction de salaire correspondant à la nouvelle durée du travail (comme pour le travail à temps partiel). La convention collective permet aussi des augmentations de la durée du travail.

Deuxième moyen : la durée du travail par journée et par semaine. La convention collective ne restreint pas la durée maximale légale de dix heures par journée (sans pauses) et de soixante heures par semaine. Au contraire, elle porte de six à douze mois la période légale pendant laquelle une durée moyenne de huit heures par jour doit être atteinte.

Troisième moyen : les horaires de travail. Les entreprises de la métallurgie les fixent librement selon les nécessités de l'entreprise et des clients. Le travail peut donc être réparti sur les six jours ouvrables (y inclus le samedi qui n'impose pas de majoration de salaire). La convention prévoit des majorations de salaire pour les horaires atypiques, mais les accords d'entreprise peuvent déroger aux montants prévus. Le travail pendant le dimanche et les jours fériés est aussi permis en général, mais donne lieu à une majoration de salaire de 70 % à 100 % ou bien 150 % pour les « hauts jours fériés ».

Quatrième moyen : la répartition du travail sur les différents jours et semaines de l'année. Outre les moyens déjà évoqués ci-dessus, la convention autorise à équilibrer le temps de travail effectif de chaque employé avec le temps de travail prévu dans son contrat de travail moyennant des jours libres. La convention collective ne prévoit pas de période de réajustement pour ce modèle, ce qui permet une organisation très flexible du temps de travail à long terme.

Le nouveau principe directeur en matière de temps de travail est l'*autoréglementation du temps* : autoréglementation de la branche, de l'entreprise ou de l'établissement, du collectif de travail, et au bout du compte de l'individu lui-même, devenu maître de l'organisation de son temps pourvu qu'il se soumette aux objectifs fixés par son employeur. Dans la perspective de cette évolution, le dessaisissement de son temps

cesse d'être l'objet premier de l'obligation du salarié qui, d'obligation de moyens, se mue en obligation de résultat. Cette perspective n'est évidemment que le point de fuite du tableau que donne à voir le droit aujourd'hui. Les horaires variables, les horaires d'astreinte, la modulation annuelle du temps de travail sont les signes les plus tangibles d'un changement qui répond à l'évolution des techniques (voir le télétravail, qui fait éclater l'espace-temps du travail), à la rentabilisation du capital (voir la politique d'augmentation de la durée d'utilisation des équipements), et à la demande du public (demande de disponibilité permanente des services, publics ou privés). Tout cela sonne évidemment le glas des emplois du temps uniformes.

La directive 93/104 se situe dans le fil de cette individualisation du temps de travail. Fondées sur la protection de la santé et de la sécurité au travail, ses prescriptions sont à de rares exceptions près de nature individuelle. Et elle se présente comme une réglementation supplétive à laquelle il est presque toujours possible de déroger conventionnellement. Elle prend acte du fait que « la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée [puisse n'être] pas mesurée ou prédéterminée, ou bien [qu'elle puisse] être déterminée par les travailleurs eux-mêmes » (art. 17-1). Elle laisse ouverte la liste des « activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production » (art. 17-2-1). Elle admet que la plupart de ses prescriptions puissent être écartées « par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux » (art. 17-3). Elle admet même (art. 18-1-*b*-*i*) que l'*accord individuel* du travailleur permette de déroger à la durée maximale de quarante-huit heures de travail hebdomadaire.

Cette évolution porte en germe un démantèlement progressif de tous les rythmes collectifs qui imprimaient la vie dans et hors de l'entreprise (repos nocturne, repos dominical, pause du midi), et l'affaissement corrélatif des solidarités assises sur ces rythmes (syndicales, familiales, conviviales).

« Les enquêtes montrent que certains horaires atypiques (fin de semaine, travail de nuit, etc.) ont de fortes incidences sur la vie sociale (isolement ; perturbation de la vie familiale) et sur la santé des travailleurs concernés. Ces derniers conçoivent le plus souvent ces horaires comme une situation transitoire et souhaitent revenir ensuite à des horaires compatibles avec une vie sociale “normale[31] ”. »

*

Tout ce mouvement d'individualisation et d'hétérogénéisation du temps condamne à l'impuissance les lois qui continueraient de considérer le temps de travail comme une référence objective, comme une donnée du système de relations de travail. D'un autre côté, une politique de laisser-faire peut mettre en péril les conditions d'existence les plus élémentaires des travailleurs et contribuer à déliter encore un peu plus le lien social. Pour sortir de ce dilemme, il faut envisager le temps non plus seulement comme temps de travail, comme mesure de l'échange travail/salaire, mais

aussi comme expérience subjective, c'est-à-dire comme temps de la vie du travailleur.

Du temps de travail au temps du travailleur

Le droit social n'est bien sûr pas immunisé contre les mutations en cours. Il doit subir une profonde transformation pour continuer à jouer son rôle de régulateur démocratique de l'évolution socio-économique. En premier lieu, il ne peut plus être cantonné au temps de l'échange travail/salaire, et doit embrasser dans son unité la vie du travailleur et garantir la concordance des temps qui la composent. Mais cet élargissement oblige en second lieu à repenser les conditions de délibération et de négociation qui ont le temps pour objet. Sur ces deux versants, le traitement réservé aux femmes sera un enjeu particulièrement révélateur des évolutions en cours.

La concordance des temps : le « principe général de l'adaptation du travail à l'homme »

La question posée aujourd'hui est de rendre compatibles pour chaque travailleur les divers aspects de sa vie, c'est-à-dire principalement le travail rémunérateur, le travail gratuit, et les loisirs ou le repos. Il s'agit de réinscrire l'organisation du temps de travail salarié dans une approche compréhensive du temps individuel, c'est-à-dire, pour reprendre une notion avancée dans la directive 93/104 (art. 13), de mettre en œuvre le « principe général de l'adaptation du travail à l'homme[32] ». Les conséquences qui découlent de ce principe se situent sur deux plans : sur un plan individuel, il implique que chacun soit maître de son temps ; et, sur le plan collectif, que soient préservés les temps de la vie collective.

Les conditions d'une maîtrise individuelle du temps

Temps du travail et temps du contrat

Cette réinscription implique tout d'abord d'*inclure la durée du contrat dans la réflexion sur le temps de travail.* Le temps du travailleur n'est pas seulement le temps de la prestation de travail ; c'est aussi, c'est d'abord, la durée du contrat, qui lui donne ou non une certaine maîtrise de son temps (ce lien entre durée du contrat et temps de travail est entr'aperçu dans la

directive 91-383 du 25 juin 1991, qui autorise [art. 5] les États membres à interdire le recours à l'emploi précaire pour les travaux dangereux).

De ce point de vue de la santé et de la sécurité, il est reconnu par tous[33] qu'un lien direct existe entre précarité de l'emploi et accident du travail. La méconnaissance des risques mais aussi l'incertitude du lendemain qui caractérise l'emploi précaire rejaillissent en effet nécessairement sur le respect de la loi. Il est par exemple illusoire de réglementer le temps de conduite des chauffeurs routiers, tout en déréglementant les formes d'emploi de ces mêmes chauffeurs. Le règlement communautaire 3820-85 du 20 déc. 1985 qui impose des interruptions et temps de repos sur la route (art. 7 et 8) et interdit les modes de rémunération de nature à compromettre la sécurité routière (art. 10) est voué à l'ineffectivité dès lors que la précarité de son emploi oblige le chauffeur à respecter les rendements escomptés par son employeur ou son donneur d'ordre. Autoriser donc le contrat à durée déterminée ou l'« auto-emploi » (chauffeurs locataires de leur véhicule), c'est se résigner aux accidents. La sécurité du travail va ici de pair avec la sécurité de l'emploi, qui seule autorise un rapport apaisé au temps chez le travailleur.

Temps du travail non professionnel

Cette réinscription conduit en second lieu à *inclure le travail non professionnel dans l'organisation du temps de travail*. C'est ce que fait par exemple la directive « jeunes » lorsqu'elle définit un temps de travail journalier où se confondent le travail salarié et le travail scolaire[34]. Dans le même esprit, la directive 96/34 du 3 juin 1996 concernant l'accord européen sur le congé parental met en œuvre certains des principes qu'avait déjà énoncés la recommandation 92/241 du 31 mars 1992 relative à la garde des enfants[35]. L'étude des droits nationaux montre les conséquences très pratiques qui peuvent être tirées de tels principes en matière de formation ou d'activités bénévoles.

Le droit à la *formation professionnelle* implique de faire place au temps de cette formation dans la réglementation du temps de travail. Parmi les objectifs fondamentaux de la politique commune de formation professionnelle fixés par la décision 62/266 du 2 avril 1963, plusieurs concernent directement la question du temps de travail[36]. L'objectif y est donné à la Communauté de « réaliser les conditions qui rendent effectif pour tous le droit de recevoir une formation professionnelle adéquate » ; de « favoriser, au cours des différentes étapes de la vie professionnelle, une formation et un perfectionnement professionnels dûment adaptés et, le cas échéant, une conversion et une réadaptation » ; ou « d'offrir à chacun, selon ses aspirations, ses aptitudes, ses connaissances et ses expériences du travail et par les moyens permanents propres à permettre une amélioration sur le plan professionnel, l'accès à un niveau professionnel supérieur ou la préparation à une activité nouvelle de niveau plus élevé ». Cette politique commune de formation professionnelle est aujourd'hui explicitement consacrée par le traité (art. 127 rédac. Maastricht), qui enjoint notamment à la Communauté de « faciliter l'adaptation aux mutations industrielles », d'« améliorer la formation continue », de « favoriser la mobilité des formateurs et des personnes en formation ».
Outre le congé parental, la directive 96/34 consacre le droit de tout travailleur de « s'absenter du travail pour cause de force majeure liée à des raisons familiales urgentes en cas de maladie ou d'accident rendant indispensable la présence immédiate du travailleur[37] ».

Temps de travail et temps des loisirs

Le temps des loisirs a été construit dans le modèle fordiste comme un temps de la consommation, normalisé par des techniques douces de

conditionnement et de publicité. Le temps libre est ainsi transformé en temps marchand et sa valeur devient fonction du pouvoir d'achat. Claus Offe et Rolf H. Heinze ont développé à ce sujet une théorie de ce qu'ils appellent le « piège de la modernisation[38] ». Ce « piège » peut être décrit comme la conjonction de trois lignes d'évolution : l'allongement du temps disponible ; l'incertitude grandissante concernant le niveau et la continuité du revenu ; et la monétarisation du temps disponible.

Différents facteurs concourent à cette monétarisation dont les principaux sont :
– les changements dans les structures de la famille et du voisinage. Ainsi, par exemple, la séparation des couples, ou l'isolement des jeunes pendant un long temps d'études supposent la mobilisation de ressources monétaires toujours plus importantes ;
– la substitution d'échanges monétarisés aux échanges démonétarisés. Cette substitution découle directement de la norme de consommation fordiste. La tendance est particulièrement forte actuellement dans le domaine des services, qui ne sont plus rendus dans le cadre des solidarités communautaires ;
– la hausse du prix de certains des services essentiels au bien-être, au-delà de la moyenne de l'inflation ;
– l'élévation générale du seuil quantitatif et qualitatif du niveau de vie décent.
Or, dans une partie croissante de la population, on observe une précarisation du revenu. Celui-ci devient instable et irrégulier. Cela est une conséquence directe de l'érosion du statut salarial fordiste. Mais c'est aussi une conséquence de l'instabilité croissante des structures familiales, puisque la séparation ou la solitude peuvent entraîner une vulnérabilité accrue à l'instabilité du revenu[39]. Il en résulte une altération forte du rapport au temps chez les plus démunis[40].

La résultante de ces trois tendances est que la *valeur* du temps disponible décroît pour une partie importante de la population. Privée de revenus stables, elle est aussi privée des contextes sociaux et culturels qui lui permettraient de valoriser le *volume* croissant de temps disponible dont elle dispose. De sorte qu'il n'est pas abusif de considérer que, dans certains cas, le temps disponible est vécu comme une contrainte, par manque de ressources monétaires, tandis que le temps de travail, souple et flexible, subjectivement « motivant », peut apparaître comme la libération d'un quotidien autrement privé de sens.

À ne pas prendre en compte cette dialectique, on sombrerait dans l'illusion optimiste et désastreuse du caractère naturellement émancipateur de la réduction du temps de travail. On a considéré jusqu'à maintenant que la lutte contre les inégalités passait par le travail ; on constate aujourd'hui que réduire le temps de travail peut conduire à augmenter les inégalités. Il ne peut en être autrement que si la valorisation du temps disponible cesse d'être entièrement dépendante des ressources monétaires. Ce qui suppose notamment d'intégrer à la politique sociale une politique d'équipements culturels qui rende accessible à tous une valorisation non marchande du temps libre.

La préservation des temps de la vie collective

Temps de travail et temps de la vie privée et familiale

L'égalité entre hommes et femmes implique des conditions égales d'arbitrage individuel entre temps de travail salarié, temps de travail non marchand (travail familial et formation de soi-même) et temps de loisirs. C'est dire que cette égalité ne doit pas être dissociée du droit au respect de la vie privée et familiale, consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 8-1), et qui s'impose au droit communautaire[41]. Ce n'est pas en refusant par principe de considérer la situation concrète des salariés dans la sphère privée qu'on parviendra à asseoir le principe d'égalité sur des bases solides, mais au contraire en adaptant, de façon non discriminatoire, les catégories juridiques à cette situation concrète. Seule la conjugaison de ces deux principes (égalité et respect de la vie privée et familiale) permet de réinscrire la réglementation du temps de travail dans une perspective élargie aux obligations familiales tout en évitant que cette réinscription ne soit la source de nouvelles formes de discrimination.

Le temps soustrait au travail salarié pour être consacré à des tâches éducatives doit ainsi être conçu comme un moment normal de la carrière du travailleur, et non comme une rupture dans sa biographie professionnelle. Ce qui a des conséquences très pratiques en droit du travail (réintégration dans l'emploi, ancienneté, rémunération, etc.) et de la Sécurité sociale (acquisition des droits à la retraite, notamment). Ce principe de continuité a déjà été mis en œuvre par la directive 96/34 du 3 juin 1996 donnant force juridique à l'accord européen sur le congé parental (voir clause 2 de l'accord, § 4 *sq.*).

Autre exemple, l'interdiction spécifique du travail de nuit des femmes, qui était un mode discriminatoire de préservation du temps de la famille. L'arrêt Stoeckel ayant déclaré cette interdiction non conforme au droit communautaire[42], il conviendrait que la question soit reprise dans toute son ampleur à cet échelon communautaire, sur la base d'un droit égal des hommes et des femmes à une vie privée et familiale. Ce droit implique à l'évidence une limitation pour les deux sexes du travail de nuit. Or, la directive 93/104 envisage le travail de nuit du seul point de vue de la protection de la santé et de la sécurité.

Cette question de la conciliation du respect de la vie familiale et des contraintes du travail de nuit n'est que l'un des nombreux aspects d'un problème crucial pour l'avenir des sociétés occidentales. Dans les sociétés traditionnelles, l'ordre et la stabilité reposaient largement sur une division hiérarchisée des tâches entre hommes et femmes. La société industrielle née du XIXe siècle a maintenu cette répartition en instituant une division

entre un temps masculin, mesurable et négociable, et un temps féminin, illimité et hors commerce. Nos sociétés prétendent se fonder au contraire sur le principe d'égalité entre hommes et femmes. C'est une conquête précieuse et fragile qui pose en des termes radicalement nouveaux la question de l'organisation du temps. On imagine mal en effet que le temps mesurable et négociable envahisse toute la sphère privée, même si certaines des tâches qui s'y accomplissent peuvent encore être absorbées par le temps marchand (thème des « nouveaux gisements d'emploi », ou du « salaire » maternel, c'est-à-dire de la salarisation généralisée des tâches domestiques). La sphère privée et familiale implique nécessairement ce temps inappréciable (inappréciable aux deux sens du terme) auquel furent pendant des siècles assignées les femmes. C'est ce temps qu'il faut aujourd'hui concevoir sous le signe de l'égalité, et pas seulement le temps de travail. Ce qui suppose d'établir pour les hommes comme pour les femmes des règles de concordance des temps dévolus aux fonctions jadis qualifiées de masculines ou de féminines.

Temps de travail et temps de la ville

En encourageant la maîtrise individuelle du temps, la loi concourt à l'affaissement des solidarités qui étaient assises sur les disciplines collectives inhérentes à la conception traditionnelle du temps de travail. Ce nouveau type de réglementation ne peut donc ignorer la question des rythmes de la vie collective, dont elle doit au contraire assurer l'existence. Le temps de la vie sociale en effet ne peut plus être abandonné aux interstices du temps de travail salarié, car ces interstices sont en train de disparaître. Cette question n'intéresse pas seulement la vie familiale, mais aussi les autres formes de sociabilité dans la cité (dont le temps épousait les disciplines collectives du travail). Le problème de la concordance des temps concerne donc les modes de fonctionnement des services publics et privés, des commerces, et de toutes les formes de la vie politique syndicale et associative. Des expériences et des études ont été conduites, notamment en Italie du Nord *(tèmpi della città)*, visant à assurer cette concordance au moyen de structures de concertation territoriales (bureaux du temps) qui concourent à l'ajustement des différentes temporalités dans la ville[43].

Les conditions de délibération et de négociation du temps

La fixation par la loi des principes de concordance des temps

Il n'est plus possible de prétendre envisager la réglementation du temps de travail du seul point de vue de l'entreprise ou de l'organisation du travail

salarié. Toute réglementation ou déréglementation de l'organisation du temps de travail met en jeu la trame, à la fois individuelle et collective, de la vie humaine. Plus que jamais, le dérèglement du temps de travail compromet l'intérêt général.

Cela condamne la tentation d'abandonner entièrement la question du temps de travail à la réglementation patronale ou à la négociation collective telle que la connaît aujourd'hui le droit du travail. La décentralisation des sources du droit, à bien des égards souhaitable en pareil domaine, ne pourra se développer que sur la base de principes généraux de concordance des temps que seule la loi est en mesure de fixer. Dès lors en effet que l'intérêt général est en jeu, la loi est dans une société démocratique la seule expression légitime de cet intérêt général et on ne saurait confondre la *délibération* inhérente à la fonction législative avec la *négociation* des intérêts particuliers. Mais restaurer cette fonction de délibération signifie que la loi d'une part fixe quelques principes indérogeables d'organisation du temps, et d'autre part dessine le cadre d'une négociation collective susceptible d'embrasser la question du temps des travailleurs dans toute son ampleur.

Le problème démocratique de la situation actuelle est en effet de parvenir à convertir la flexibilité du temps imposée par le monde productif en une liberté gérée collectivement et participativement. La négociation collective reste le point de passage nécessaire d'une telle conversion. Mais elle doit être profondément repensée si l'on veut qu'elle concoure à la concordance des différentes temporalités de la vie des travailleurs. Cela suppose en effet une ouverture du champ de négociation, et un élargissement corrélatif du cercle des négociateurs.

L'ouverture du champ de négociations

Cette ouverture doit s'opérer dans au moins trois directions.

• Il était constitutif du compromis social propre à la production de masse et à son rapport salarial que les questions de gestion et d'organisation fussent laissées au patronat : le « deal » consistait à échanger des concessions sur la rémunération et la durée du travail contre une liberté de gestion quasi totale laissée aux managers de l'entreprise. Mais une négociation sur l'aménagement du temps de travail suppose que l'on négocie aussi sur des *schémas d'organisation*. Ce n'est qu'à cette condition qu'on pourra rencontrer la diversité des préférences individuelles.

En Suède, un projet de loi sur le temps de travail actuellement en cours de discussion obligerait l'employeur, dans les limites permises par l'intérêt de l'entreprise (*« company need »*), à tenir compte dans l'organisation des horaires de travail des besoins et des souhaits personnels des travailleurs. La conciliation des impératifs de l'entreprise et de ceux du travailleur entrerait ainsi

dans le champ de la loi relative à la codécision dans l'entreprise. Elle pourrait aussi résulter au cas par cas d'arrangements individuels avec les salariés.

• Le *temps libre* ne faisait jamais irruption dans l'agenda de la négociation. Il était régi par des rythmes collectifs censés s'accorder *a priori* avec le temps de travail. Cette évidence est aujourd'hui brisée. Il faut tenir compte des horaires des administrations publiques, des horaires de l'école, des horaires des loisirs, etc., si on veut tenir compte du fait que la valeur d'une heure de temps disponible n'est pas équivalente à une autre.

• Le *temps de la formation* a été traditionnellement tenu à l'écart du temps de la production. Il est à cet égard symptomatique que la formation a longtemps été le parent pauvre des préoccupations syndicales[44]. Cette dissociation est aujourd'hui obsolète, tant du point de vue interne au monde des entreprises (le travail suppose une adaptation permanente des compétences des travailleurs) que du point de vue des travailleurs eux-mêmes, forcés à une plus grande mobilité, et donc à une formation permanente. Les tendances récentes de la négociation collective dans certains pays d'Europe semblent d'ailleurs indiquer une progressive prise en compte de cette problématique.

L'élargissement du cercle des négociateurs

L'ouverture du champ du négociable suppose également une déformalisation des modalités de la représentation des intérêts en présence. Dans sa version ouest-européenne, le modèle dominant fut fondamentalement un modèle « corporatiste démocratique[45] » : il réservait à un nombre limité d'organisations, constituées en pouvoirs, le monopole de la représentation légitime. L'agrégation des préférences était supposée se réaliser en amont de la négociation grâce aux mécanismes de représentation internes aux organisations syndicales et patronales. Mais la complexification des situations, de même que l'ouverture souhaitable du champ du négociable, rend cette clôture inadéquate. Malgré leurs efforts de renouveau, les syndicats restent liés à des populations correspondant à un stéréotype du travailleur, l'homme adulte chargé de subvenir à sa famille, laissant ainsi dans l'ombre les non-travailleurs, les travailleurs atypiques, ou les femmes. Il y a là une difficulté sociale et culturelle nouvelle pour la représentation.

Elle ne se résoudra pas seulement dans les circuits syndicaux classiques : un accès direct à la table de la négociation collective est souhaitable pour des groupes ne correspondant pas aux canons classiques du fordisme. En outre, la présence des usagers, des pouvoirs publics ou de

groupes d'intérêt extérieurs au monde du travail *stricto sensu* devient également nécessaire si on rentre dans la logique de l'ouverture du champ du négociable. Cet élargissement ne peut vraisemblablement s'opérer de manière réaliste que sur une base territoriale à échelle humaine, ainsi que le montre l'expérience italienne des *« tèmpi della città »*.

Chapitre IV

Travail et organisation collective

Les transformations profondes survenues au sein de l'organisation du travail et des entreprises des différents pays de l'Union européenne influent de façon décisive sur l'organisation collective des relations professionnelles et sur les mécanismes juridiques de représentation, d'action et de négociation collective. Les changements intervenus sur le marché du travail, la nécessité d'appréhender les problèmes de l'emploi et du travail dans leur globalité et non plus seulement à partir de la vision traditionnelle du travailleur subordonné, ainsi que le fonctionnement du marché unique avec l'adoption de l'Union monétaire et de l'euro, tout cela a donné lieu à l'apparition de cadres nouveaux pour l'action et la représentation collective. Enfin, les changements sociaux et culturels que ces transformations ont déclenchés réclament des adaptations dynamiques qui puissent faciliter l'adaptation de la représentation collective à ces mutations et éviter les déphasages entre les besoins actuels et futurs de l'organisation du travail et le modèle industriel des relations professionnelles sur lequel s'est consolidée l'organisation collective du travail.

La dimension collective des relations de travail a toujours été étroitement liée aux formes de l'organisation du travail dans les entreprises. C'est cette organisation qui détermine les contours des collectifs de travail sur lesquels sont assis les mécanismes juridiques d'action, de représentation et de négociation collective. Fondée sur la diversité des métiers, l'organisation préindustrielle du travail appelait ainsi des formes d'action et de représentation corporatives ; dans ce modèle, c'est le prix des produits, et non le montant des salaires, qui se trouvait au centre des pratiques de « négociation collective ». Dans le modèle industriel, le métier cesse d'être au centre de l'organisation du travail.

L'industrie coordonne des tâches toujours plus spécialisées pour les besoins d'une production de masse. Dans cette nouvelle architecture, ce n'est plus sur le métier que se construisent les identités collectives, mais sur l'appartenance à une entreprise ou une branche d'activités (le poids respectif de ces deux niveaux d'organisation collective variant selon les pays). Aujourd'hui, ce modèle ne disparaît pas mais coexiste avec des formes nouvelles d'organisation du travail, qui modifient les cadres de l'action, de la représentation et de la négociation collective.

À l'aube d'un nouveau millénaire, les problèmes de la dimension collective du travail exigent une approche nouvelle, qui prenne en compte les facteurs de changement et leurs répercussions au sein des différents champs des relations productives et du travail. On observe déjà clairement les effets de ces transformations, qui affectent plus intensément les acteurs et leurs modes d'organisation et de fonctions, ainsi que la négociation collective et la participation dans l'entreprise. Ainsi, concernant les conflits collectifs, le poids écrasant du chômage a entraîné un recul spectaculaire des grèves dans le secteur privé, si bien que c'est la pratique de la grève plus que le droit de grève qui s'est trouvée affectée par les transformations profondes de l'organisation du travail (sous réserve du cas britannique où le droit de grève a fait l'objet d'importantes restrictions légales).

La négociation collective constitue l'institution la plus dynamique et l'instrument approprié pour l'assimilation et l'adaptation permanente aux mutations, face à l'hétérogénéité des formes de l'organisation du travail, la participation de différents sujets et l'interpénétration progressive des problèmes (entre systèmes d'enseignement, formation et qualification professionnelle, entre temps du travail et temps de la vie sociale, ou entre environnement et problèmes de sécurité et de santé au travail, pour ne citer que quelques exemples). La négociation collective apparaît dès lors comme un instrument précieux pour atteindre l'adaptabilité, pour inspirer la confiance face à l'incertitude et pour qu'opère le principe d'égalité des chances entre hommes et femmes.

Le chômage, l'importance accrue du travail autonome et de l'autoemploi, le développement des pratiques de sous-traitance et de réseaux d'entreprises, ainsi que le processus de l'intégration européenne, ont commencé à induire des transformations, d'ores et déjà perceptibles, des institutions de représentation et de négociation collective du travail. L'expansion des services, l'évolution technologique et l'impact de l'Union monétaire européenne et de la monnaie unique continueront de pousser dans ce sens. La prise en compte de ces réalités s'impose à la négociation collective, de même que la coordination des différents sujets qui

interviennent au cœur des processus productifs de biens et de services, ainsi que la prise en compte de la dimension transnationale. D'autre part, l'apparition de nouveaux emplois au sein de secteurs émergents remet en cause notre compréhension traditionnelle de la dimension collective des relations du travail.

L'information, la consultation et la participation des travailleurs au sein des entreprises joueront un rôle de premier plan dans les relations collectives du travail. Les initiatives communautaires destinées à faciliter cette participation au sein des entreprises européennes ne pourront qu'accroître l'importance de la négociation collective dans la recherche de l'adaptabilité et de la compétitivité des entreprises, ainsi que dans leur gestion de l'emploi.

La dynamique de la négociation collective

La négociation collective a été durant les deux dernières décennies le lieu de grandes innovations juridiques en droit du travail. Ces innovations sont de deux ordres.

On observe en premier lieu une généralisation du recours à la négociation collective. Elle apparaît aujourd'hui comme un passage obligé dans l'élaboration du droit. Elle étend son empire en dehors du droit du travail salarié, en direction des travailleurs qui sont juridiquement indépendants mais économiquement dépendants d'un donneur d'ordre. Elle s'étend aussi à des fonctions et des objets nouveaux, excédant ainsi la simple distribution des gains de productivité correspondant aux augmentations de la production, et la simple fixation des conditions de travail. Là où les conventions collectives ont une base légale, ces changements transforment les relations entre la loi et la négociation collective.

On observe en second lieu un éclatement des instances de la négociation collective. D'un côté, se développe un intense mouvement de décentralisation en direction des entreprises ; de l'autre, de nouvelles unités de négociation apparaissent, à des niveaux infra ou transnationaux. Au-delà de la diversité de ses formes, cet éclatement introduit un degré de complexité juridique jusqu'alors inexistant dans les systèmes conventionnels. Ceux-ci sont actuellement dépourvus de règles claires de distribution des compétences entre ces différents niveaux de négociation.

La généralisation du recours à la négociation collective

Nouvelles fonctions

La fonction de base de la négociation collective a été une *fonction d'amélioration* du sort des salariés.

En France, cette fonction résulte explicitement du Code du travail (art. L. 132-4) qui dispose : « La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements. » Cette disposition fonde la distinction entre un ordre public absolu, qui ne souffre aucune dérogation conventionnelle, et un ordre public social, qui définit une protection minimale des salariés susceptible d'améliorations conventionnelles[1]. La jurisprudence a induit de ces dispositions l'existence d'un principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit être appliquée[2]. En Espagne, la construction est très similaire et s'appuie sur la réglementation contenue à l'article 3.3 du Statut des travailleurs.

L'architecture juridique permettant à la négociation de remplir cette fonction varie selon les pays : depuis l'application volontaire de conventions collectives (non susceptibles d'*enforcement)* au Royaume-Uni, jusqu'à leur application directe et obligatoire aux contrats de travail. L'effet impératif des conventions passe aussi par les techniques d'extension ou d'élargissement, qui permettent d'étendre le bénéfice d'une convention à tous les travailleurs compris dans, ou même hors de son champ d'application. Malgré les exceptions (l'exception allemande étant particulièrement significative), ces techniques qui étaient discutées il y a quelques années jouissent aujourd'hui d'une acceptation généralisée dans les systèmes de relations industrielles qui les connaissent et les pratiquent.

Ces mécanismes ont été conçus pour permettre aux conventions collectives de remplir pleinement leur fonction d'amélioration de la condition des travailleurs. Mais, depuis le début des années soixante-dix, bien d'autres fonctions ont été attribuées à la négociation collective.

Fonction de flexibilisation

Durant les années soixante-dix, le changement le plus important dans les fonctions attribuées à la négociation collective a sans doute été l'apparition, à côté ou au lieu de la fonction traditionnelle d'amélioration des conditions de travail, d'une fonction d'adaptation de ces conditions aux nécessités de compétitivité et de flexibilité des entreprises. Du point de vue juridique, la négociation collective se présente alors comme une *alternative* à l'application de la loi. Cette alternative existe lorsque la loi autorise explicitement la conclusion d'accords qui dérogent à ses dispositions (technique dite des *accords dérogatoires*). Elle se trouve aussi dans les *lois supplétives*, qui ne s'appliquent qu'à défaut d'un accord

collectif de droit commun, ou dans les *lois dispositives* qui ne fixent pas une règle à laquelle on peut déroger, mais ouvrent une faculté dont la mise en œuvre nécessite un accord collectif. Le même type d'articulations tend à se développer du reste entre les conventions de branche et la négociation d'entreprise, la branche devenant le lieu de négociation d'accords cadres dont la mise en œuvre dépend largement des négociations d'entreprise.

En ce qui concerne l'Italie, de tels *accords dérogatoires* interviennent bien plus tard, au cours des années quatre-vingt et suivantes. De nos jours, en Italie, les partenaires sociaux expérimentent ce que l'on a appelé les *contratti d'area*. Il s'agit d'une sorte d'accord collectif entre les syndicats, les syndicats d'entreprises et les pouvoirs publics, dont le but est d'améliorer les conditions de production et d'emploi au sein de zones spécifiques sous-développées ou socialement défavorisées, la plupart du temps en Italie du Sud. Ces *contratti d'area* garantissent d'habitude un échange entre des coûts de main-d'œuvre réduits, des dépenses publiques (investissements ou politiques de formation), des investissements privés productifs et des privilèges fiscaux pour les entreprises acceptant de s'implanter au sein de ces zones. Le débat n'est pas encore clos sur la question de savoir si ces accords peuvent réduire les salaires minima contractuels mais, en tout cas, les salaires dans ces zones sont d'ores et déjà plus faibles que dans d'autres régions industrialisées.

Les relations entre la loi et la négociation collective sont par conséquent plus complexes et hétérogènes. Ces relations dépendent des rôles respectifs que les différents systèmes juridiques nationaux attribuent aux États et à la loi d'une part, et aux partenaires sociaux et à la négociation collective d'autre part. Ces relations peuvent être placées ou bien sous le signe de l'égalité (systèmes d'organisation éminemment conventionnelle) ou bien sous celui d'une hiérarchie qui assure la primauté de la loi sur la convention collective (systèmes légaux, d'intervention étatique).

La loi a tendance à se vider de dispositions substantielles et à s'emplir de règles procédurales destinées à garantir le droit à la négociation collective. Selon les cas, les conventions collectives remplacent, prolongent, développent ou mettent en œuvre les dispositions législatives. Dans tous les systèmes de relations de travail, on observe ce mouvement vers une plus grande autonomie des partenaires sociaux et des entreprises vis-à-vis de la puissance publique.

Mais ce mouvement de flexibilisation par la négociation demeure encadré par la loi qui assure trois fonctions essentielles :

– la fixation des principes et des grands objectifs de la politique sociale ;

– l'établissement des conditions nécessaires à l'équilibre des parties à la négociation (représentativité ; nouvelles formes de représentation dans les petites entreprises) ;

– l'incitation à la négociation pour qu'elle occupe les terrains qui offrent une résistance au dialogue (voir la loi française sur la réduction de la durée hebdomadaire du travail à trente-cinq heures).

Le rôle des pouvoirs publics demeure aussi crucial dans les systèmes de négociation collective qui connaissent l'extension *ex-post* des conventions collectives (cas de la France, de la Hollande et de l'Allemagne, bien que dans ce dernier pays le recours à l'extension ne soit pas fréquent). Enfin, dans la plupart des pays européens, l'État est aussi intervenu dans les négociations salariales pour éviter l'inflation. Il continue de le faire, mais sous des formes plus indirectes (sauf lorsqu'il agit en qualité d'employeur des travailleurs du secteur public).

Fonction d'instrument de gestion de l'entreprise

Depuis les années quatre-vingt, la négociation collective est devenue de surcroît un facteur essentiel de l'organisation du travail. Dans les pays nordiques, où cette évolution est fort considérable, la négociation collective fonctionne comme un instrument de collaboration dans les changements et l'organisation du travail. S'introduisent ainsi de nouvelles formes de dialogue social qui portent non pas sur les conditions de travail, mais sur son organisation. L'objet de la négociation se déplace ainsi du travailleur au travail.

Certains aspects de l'organisation du travail sont naturellement et nécessairement collectifs : encadrements professionnels, temps de travail, organisation des travaux caractérisés par un haut degré de division et de spécialisation et, en même temps, d'autonomie. Cette dimension collective de l'organisation du travail trouve dans la négociation collective un instrument de gestion particulièrement adapté. Mais cela conduit à des utilisations nouvelles de la négociation collective. L'uniformité de la réglementation conventionnelle collective traditionnelle tend à faire place à l'hétérogénéité.

En outre, la négociation collective devient, au niveau de l'entreprise, un terrain d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Cela est spécialement vrai de décisions traumatisantes, telles que les licenciements ou les restructurations d'entreprise. Les critères de sélection et l'ordre des licenciements, les plans sociaux, les indemnités et les mesures de reclassement (interne ou externe) des travailleurs licenciés sont devenus des objets importants de la négociation collective.

Fonction de mise en œuvre de l'impératif légal

D'autres lois ont attribué à la convention collective une fonction de mise en œuvre réglementaire de leurs dispositions. Dans ce cas de figure, le législateur impose une règle ou un principe, mais délègue aux partenaires sociaux le soin d'en définir les modalités concrètes d'application. La loi

prévoit alors le plus souvent des palliatifs à la carence éventuelle des partenaires sociaux, tels que des décrets supplétifs, ou des procédures alternatives de mise en œuvre des droits qu'elle institue (ex. accords électoraux). Cette pratique a connu, on le sait, une fortune singulière en droit communautaire (voir en dernier lieu les dispositions prévues pour la mise en œuvre de la directive sur la représentation des travailleurs dans les entreprises transnationales[3]).

Fonction législative

Cette fonction réglementaire ne doit pas être confondue avec celle, aujourd'hui bien repérée, de participation à l'élaboration de la loi qui a prospéré depuis le début des années soixante-dix dans le cadre des « lois négociées ». Cette fonction législative de la négociation collective nationale interprofessionnelle a été consacrée formellement dans l'accord social de Maastricht (art. 3), dont les dispositions sur ce point sont reprises dans le traité d'Amsterdam.

Nouveaux objets

Les modifications récentes de la négociation collective n'affectent pas seulement ses fonctions mais aussi ses objets. La négociation collective « riche » concernait des objets « pauvres ». Moins généreuse, la négociation collective actuelle présente des contenus matériels plus complets. D'une part, ses objets traditionnels sont abordés de manière nouvelle (avec, par exemple, l'individualisation des salaires, et leur assujettissement à des objectifs productifs et à l'emploi). D'autre part, la négociation aborde de nouvelles questions, auparavant inconnues ou mises à l'écart (notamment des matières connexes du travail et de la protection sociale).

La politique d'emploi occupe désormais une place importante dans la négociation collective, à travers des pactes, d'efficacité juridique variable, qui contiennent les engagements patronaux de création de postes de travail ou de maintien des postes existants. De nombreux autres objets sont aujourd'hui matière à négociation collective : la formation et la qualification professionnelle des travailleurs (initiale et permanente pour leur adaptation aux changements technologiques et à l'instabilité des parcours professionnels) ; la réduction/réorganisation (ou « modulation ») du temps de travail ; l'organisation de la représentation des travailleurs au niveau de l'entreprise ou du groupe ; la protection de la santé dans le travail, la protection sociale et les plans de retraite supplémentaires (retraite anticipée incluse) et leurs difficultés financières ; les mesures de

lutte contre les discriminations, notamment en raison du sexe dans un contexte de féminisation croissante de la main-d'œuvre, etc.

L'inscription de ces questions dans le champ de la négociation collective conduit à les traiter de manière différente, en en faisant un objet d'échange collectif : réductions salariales en échange d'embauchés ; réductions du salaire et du temps de travail en échange d'un engagement temporaire de stabilité de l'emploi ; adaptation des temps ou des horaires de travail aux nécessités de l'entreprise et création de « comptes épargne temps » ; interconnexions entre les garanties d'emploi pour les travailleurs en formation et les retraites anticipées pour les plus âgés ; création de « fonds de sécurité » pour faciliter les reclassements, etc.

Nouveaux sujets : les travailleurs indépendants

Les techniques de négociation et de convention collective s'étendent en dehors même du travail salarié, où elles servent à définir le statut collectif de travailleurs juridiquement indépendants, mais économiquement dépendants d'un partenaire économique. Les législations qui connaissent un statut de parasubordonnés (Italie) ou de quasi-salariés (Allemagne) font bénéficier ce type de travailleurs du droit des conventions collectives. Et ce droit conventionnel a été en retour un puissant instrument de développement du statut collectif de ces travailleurs (voir *supra*, chapitre I). En dehors même de ces statuts particuliers, on observe dans certains pays un recours à la négociation collective pour régler certains aspects du travail de salariés juridiquement indépendants.

Ainsi, en France, un accord collectif a été conclu en avril 1996 entre la Fédération des sociétés d'assurance et les syndicats d'agents généraux d'assurance[4]. Ces agents exercent une activité commerciale et de conseil et sont liés aux compagnies d'assurances par des contrats de mandat. Ils ont leurs propres salariés, mais se trouvent dans la dépendance économique de leurs mandants. Cet accord définit les conditions de conclusion de modification et de rupture des contrats de mandat, et contient des dispositions relatives à la rémunération, la formation et la protection sociale des agents généraux. Dans le domaine de la santé, le droit français de la Sécurité sociale fait un appel massif à la technique des conventions collectives entre caisses de Sécurité sociale et syndicats de médecins pour régir les conditions de travail des médecins libéraux. Ces conventions médicales abordent des questions aussi diverses que le tarif des prestations, l'encadrement du revenu médical, la formation des médecins, etc. L'importance de ces conventions médicales a encore été accrue par la récente réforme Juppé.

Étant donné que les travailleurs indépendants, en Italie, constituent un groupe très large, leurs organisations jouaient un rôle fondamental dans la vie nationale, économique et politique. En particulier, le « *Confcommercio* », qui représente les commerçants, a acquis une importance politique croissante, qui est venue prendre la place de celle du « *Coldiretti* » (une organisation de paysans) au cours des années cinquante et soixante. D'autre part, certains travailleurs indépendants du secteur agricole (petits exploitants et éleveurs) sont organisés en syndicats « autonomes » ou *de facto*, qui ont (encore récemment) mobilisé ce secteur pour des revendications spécifiques et corporatives. En Italie, les partenaires sociaux ont engagé des négociations sur des formes d'emplois autres que salariés (indépendants, quasi-indépendants), afin de garantir une certaine sécurité aux

travailleurs concernés par ces nouvelles formes d'emploi. En cas de succès des négociations, le gouvernement tiendra compte des résultats conventionnels dans l'élaboration du projet de loi qui sera présenté au Parlement sur le « statut des nouveaux travaux ».

Cet élargissement tous azimuts du champ d'application des conventions collectives est le révélateur de profondes modifications dans le système des sources du droit. L'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent. Dès lors, il ne suffit plus de se référer à la volonté de l'État pour assurer l'autorité de la loi : la volonté des destinataires de la loi lui dispute cette place de référence. Pareillement, dans l'ordre de l'entreprise, le pouvoir du dirigeant ne fera pas légitimement loi s'il ne trouve un écho dans la volonté des dirigés. La recherche d'une légitimation conventionnelle conduit ainsi à un accroissement irrésistible de l'empire de la négociation collective. Mais cet accroissement entraîne inévitablement une diversification du droit et des pratiques de négociation collective.

L'éclatement des instances de négociation collective

Jusqu'aux années quatre-vingt, la plupart des systèmes de négociation collective possédaient un centre de gravité, qui était le plus souvent dans l'Europe continentale la négociation nationale de branche (par exemple en Allemagne, en France, aux Pays-Bas, en Suède, en Italie) et l'entreprise dans le modèle britannique. Bien sûr, tous ces systèmes possédaient plusieurs niveaux de négociations, mais leur cohérence tenait à l'identification d'un niveau privilégié. C'est cette cohérence qui vient à manquer dès lors que la pratique de la négociation se généralise. L'effet le plus visible de cette généralisation est l'affaiblissement du cadre national dans la pratique des négociations collectives. D'un côté, on observe un mouvement de décentralisation de la négociation vers l'entreprise. De l'autre émergent de nouvelles unités de négociation, qui sont autant de formes d'une recentralisation indifférente au cadre national.

Le mouvement de décentralisation : de la branche vers l'entreprise

Les lieux de négociation se déplacent du secteur général/ national (qui continue de prédominer dans de nombreux pays, si l'on s'en tient au nombre de travailleurs concernés) vers l'entreprise.

Bien que d'une importance variable selon les pays, l'entreprise est, pour différents motifs, un « espace sensible » pour la négociation collective. L'essor du management participatif et de la négociation de l'organisation du travail majore l'importance des accords d'entreprise et le rôle des

institutions de représentation du personnel dans l'entreprise. En même temps, la tendance à la réduction de la dimension des entreprises et à l'augmentation relative du nombre des travailleurs occupés dans ces entreprises prend à revers des règles de représentation et de négociation collective conçues pour les grandes entreprises. D'où le développement de dispositions destinées à rendre effectif dans les petites entreprises le droit à la représentation et à la négociation. Tout cela concourt à ce que la négociation collective dans l'entreprise se présente sous un jour nouveau en ce qui concerne l'identité des négociateurs, les thèmes ou objets et les procédures de négociation. L'essor de la négociation d'entreprise soulève d'autre part de nouveaux problèmes d'articulation des niveaux de négociation.

Nouvelles formes de négociation

Les *négociateurs* des conventions collectives d'entreprise sont d'habitude les délégations des syndicats dans les entreprises (systèmes de monopole syndical de la négociation). Cependant, la négociation de certains nouveaux types d'accords d'entreprise est confiée aux représentants élus du personnel (comités ou conseils d'entreprise) ; cet élargissement des fonctions des institutions électives peut entrer en concurrence avec les attributions des syndicats.

Ces accords d'entreprise se caractérisent souvent par l'informalité des *procédures de négociation.* Leurs fonctions sont variées : restructurations, protection sociale ou participation, mise en œuvre de lois supplétives ou dispositives ou d'accords cadres conclus au niveau de branches, etc. Certaines législations nationales prévoient que les accords ainsi conclus par des représentants élus du personnel soient soumis à l'approbation de commissions paritaires sectorielles où siègent les syndicats. Leur efficacité, en tant qu'accords collectifs atypiques, est variable, mais en général on leur reconnaît un effet impératif. Ces accords sont un puissant instrument d'autonomisation des politiques d'entreprise, non seulement vis-à-vis des statuts collectifs de niveau supérieur (loi et conventions de branches), mais aussi vis-à-vis des contrats individuels de travail.

Dans les petites entreprises, l'implantation de la négociation collective se heurte à l'absence d'institutions représentatives du personnel. La solution consistant à confier le pouvoir de négociation à une représentation syndicale externe (délégations ; commissions paritaires de zone, etc.) se heurte à de nombreuses réticences, voire à un rejet catégorique de la part des employeurs, bien qu'elle puisse représenter une bonne combinaison des avantages de la centralisation et de la décentralisation. Cette solution a

cependant été adoptée dans le domaine de la prévention des risques du travail (notamment dans le secteur de la construction).

Une autre possibilité aujourd'hui expérimentée en France consiste à autoriser les syndicats à donner un mandat de négociation à des salariés de l'entreprise.

Un accord national interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 (signé par le CNPF, la CGPME, la CFDT, la CFTC et la CGC ; rejeté par la CGT) a été conclu à cet effet. Cet accord, dont les termes ont été repris par une loi du 12 novembre 1996, ouvre deux possibilités nouvelles de négociation collective dans les entreprises dépourvues de représentants syndicaux. La première est de soumettre les accords conclus avec les représentants élus du personnel à la validation d'une commission paritaire de branche, qui veillera au suivi de leur application. La seconde est la négociation d'accords collectifs avec des salariés de l'entreprise spécialement mandatés à cet effet par une organisation syndicale représentative. La mise en œuvre de ces possibilités nouvelles est renvoyée à des négociations de branche.
Cette loi a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel qui a refusé à cette occasion de reconnaître l'existence d'un monopole syndical de la négociation[5]. Les syndicats (et la doctrine[6]) s'opposent fortement sur l'appréciation de cette innovation majeure. La CGT et FO portent un jugement sévère sur ce qu'ils considèrent comme une grave atteinte au droit syndical, et plaident plutôt pour une abolition des seuils d'effectifs pour la désignation de délégués syndicaux, tandis que les syndicats signataires y voient au contraire un levier pour l'organisation collective des petites entreprises.

Le véritable changement qui s'opère en Italie, depuis 1992 (avec la courte parenthèse du gouvernement conservateur de Berlusconi) est la construction d'un nouveau système de relations industrielles coordonnées. Au travers de cette *« concertazione »*, les syndicats se trouvent maintenant pleinement impliqués dans l'élaboration des politiques économiques gouvernementales et, ainsi, le modèle italien tend à s'aligner sur celui des pays de l'Europe du Nord.

En général, il existe dans les différents pays européens un effort pour fournir un cadre juridique adéquat à la négociation dans les PME.

Nouveaux problèmes d'articulation des conventions

Les relations des conventions collectives de branche et d'entreprise varient selon les pays. Les principes utilisés pour prévenir ou résoudre les concours de conventions sont différents (hiérarchie des conventions ou priorité légale de la convention de branche, au détriment de la convention d'entreprise en Italie et en Allemagne ; recours au principe de norme plus favorable en France ; recours à la convention antérieure dans le temps en Espagne, etc.). Il est néanmoins fréquent que les conventions de branche définissent le champ des négociations d'entreprise. Quelle que soit sa forme, cette articulation obéissait à des règles relativement claires. Était ainsi assurée une prévisibilité des coûts du travail, une certaine égalisation

des rémunérations et un encadrement de la concurrence entre les entreprises de la branche.

Cependant, l'essor de la négociation collective d'entreprise est difficilement compatible avec le maintien d'une forte discipline conventionnelle de branche. Cette discipline, si elle est entendue trop strictement, peut empêcher une diversification du droit conventionnel qui serait nécessaire à l'intérêt de l'entreprise, et avoir par là une répercussion négative sur l'emploi. Mais, d'un autre côté, l'autonomie reconnue à la négociation d'entreprise ne doit pas encourager des pratiques de concurrence déloyale ou antisyndicales. La plupart des législations nationales se sont efforcées de définir un point d'équilibre entre ces deux exigences.

L'on s'accorde généralement à vouloir sauvegarder la fonction d'homogénéisation des conditions de la concurrence que remplissent les conventions de branche. Mais l'analyse des évolutions présentes permet de mettre en évidence, dans la plupart des pays, une tendance des accords d'entreprise à s'évader des disciplines de la branche. Ces forces centrifuges se manifestent de différentes manières :

– par l'atténuation du caractère contraignant des dispositions de la convention de branche, qui prennent la forme de simples recommandations ;

– par l'ouverture de facultés de dérogation (« clauses d'ouverture » ou de « désengagement ») aux règles générales fixées par la convention de branche, laquelle se trouve ainsi réduite à la définition d'un minimum de garanties ou de principes de base.

Ainsi en Allemagne, d'abord à l'Est, maintenant aussi à l'Ouest, ont été introduites dans certaines conventions collectives des clauses dites d'ouverture *(Öffnungsklauseln)* qui permettent aux employeurs de baisser les salaires d'un certain pourcentage avec le consentement des comités d'entreprise, si l'entreprise est en difficulté économique. Les syndicats essayent de se réserver un droit de veto, mais ils font l'objet d'une forte pression pour ne pas s'opposer à ce type d'arrangement. Cette pression est exercée de différents côtés, en partie par les employeurs, en partie aussi par certaines forces politiques qui menacent de rendre ces clauses d'ouverture légalement obligatoires. Sous la pression des employeurs, ces clauses d'ouverture sont de plus en plus répandues dans les conventions de branche, sans qu'un nouvel équilibre ait été trouvé entre les syndicats et les conventions de branche d'une part, et les comités d'entreprise et les accords d'entreprise d'autre part.
La convention collective du bâtiment qui a été conclue dernièrement en Allemagne de l'Est permet ainsi de fixer par accord avec le comité d'entreprise des salaires inférieurs de 10 % aux salaires minima de la branche. Cette dérogation doit être justifiée par la recherche de la préservation de l'emploi. Les représentants locaux des partenaires à la convention de branche doivent être informés de la conclusion de tels accords dérogatoires d'entreprise. L'accord d'entreprise est valable si les représentants locaux ne notifient pas dans les huit jours une opposition écrite et motivée. Une telle opposition ne peut être formée que pour cause de violation des buts assignés à la clause d'ouverture, c'est-à-dire la garantie des emplois. Suite à une telle opposition, l'accord ne sera valable que par une nouvelle décision du comité d'entreprise prise avec une majorité d'au moins trois quarts de ses membres – dans un comité d'entreprise de trois personnes par une majorité de deux tiers.

En Espagne, le Statut des travailleurs impose aux conventions collectives possédant un champ d'application supérieur à celui de la seule entreprise d'établir « les conditions et les procédures pour la non-application », « dont la stabilité économique pourrait se trouver lésée à la suite de cette application » (arts. 85.3.*c*) et 82.3). C'est là ce que l'on a appelé les « clauses de décrochage salarial ». Faute d'établir ces clauses au sein des conventions collectives de secteur, le décrochage salarial d'une entreprise peut se produire par accord entre elle-même et les représentants de ses travailleurs – syndicaux ou électifs – « lorsque la situation économique de l'entreprise le justifie ». Les désaccords éventuels seront tranchés par la commission paritaire de la convention sectorielle à laquelle, faute d'accord d'entreprise, « il incombera aussi de fixer les nouvelles conditions salariales qui prévaudront au sein de l'entreprise “décrochée” de la convention sectorielle ».

La décentralisation constatée dans les rapports entre la loi et la convention collective (avec notamment le recours aux lois supplétives ou dispositives) se retrouve donc dans les rapports entre conventions de branche et accords d'entreprise.

Toutefois, l'importance de ce mouvement de décentralisation varie selon les pays, et certains d'entre eux conservent un système de négociation fortement centré sur la branche, même si ces négociations de branche portent plus fréquemment sur des accords cadres.

Ainsi, aux Pays-Bas, l'observation empirique montre qu'il n'y a pas de réel déclin de la négociation de branche, mais un développement de la technique des accords cadres dont les dispositions sont précisées par la négociation d'entreprise. Au niveau de l'entreprise, du côté des travailleurs, le comité d'entreprise négocie souvent sur ces précisions, mais dans le cadre de la convention de branche. De grosses sociétés comme Philips, Hoogovens, IBM, KPN, Heineken et d'autres ont bien leurs propres conventions collectives de travail au niveau de l'entreprise, mais il n'y a pas là de règle générale. D'autres grosses entreprises comme ABN-AMRO (secteur bancaire), ING (secteur bancaire/assurances), de gros fabricants de voitures (DAF et Scania) travaillent avec des conventions de branche.

Les formes de recentralisation : les unités émergentes de négociation

À ne considérer que le mouvement de décentralisation de la négociation collective vers l'entreprise, on ne verrait qu'une part d'un tableau qui se révèle beaucoup plus complexe. Tout d'abord parce que les négociations d'entreprise demeurent souvent encadrées par des conventions de branche (dont le contenu est ainsi transformé : voir *supra*). Ensuite parce que émergent de nouveaux niveaux de négociation qui transcendent celui de l'entreprise tout en s'émancipant du cadre national. Le plus ancien de ces niveaux émergents est sans doute celui du groupe d'entreprises, mais il faut compter aussi avec les territoires que dessinent notamment les réseaux d'entreprises, ainsi qu'avec le niveau communautaire.

Entreprises transnationales et groupes d'entreprises

Les entreprises multinationales et les groupes d'entreprises acquièrent une importance croissante et la négociation collective développée dans ces structures sera elle aussi de plus en plus importante. Certes, après d'âpres

discussions, la directive 94/45/CE n'a pas attribué de facultés de négociation aux comités d'entreprise européens qui doivent voir le jour dans les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire. Cependant, on ne peut s'empêcher de penser que là où il sera efficace, le fonctionnement de telles institutions de participation (information et consultation) donnera lieu à des pratiques de négociation. La négociation collective dans les groupes, quelle que soit leur dimension territoriale, se heurte il est vrai à la logique des branches dès lors que les entreprises du groupe appartiennent à différents secteurs d'activité. Son développement pose donc de sérieux problèmes d'articulation avec la négociation de branche.

Mais la négociation collective dans les groupes d'entreprises est déjà inscrite dans le droit communautaire pour l'établissement d'un comité ou d'une procédure d'information et de consultation. Il ne s'agit pas d'une authentique négociation collective européenne, mais d'une négociation transnationale, à laquelle est appliqué le droit de l'un des pays membres de l'Union européenne : celui du lieu d'implantation de la direction centrale de ces entreprises et groupes d'entreprises communautaires. Néanmoins, si, une fois conclue cette négociation, les institutions de représentation mises en place concluaient des accords collectifs applicables au groupe, le problème se poserait de l'articulation de ces accords transnationaux avec les conventions nationales auxquelles sont déjà soumises les entreprises du groupe.

Les territoires et les réseaux d'entreprises

Le renouveau d'une négociation à base territoriale infranationale est également signalé dans certains pays. Cette tendance est évidemment plus nette dans les États fortement décentralisés. Les pouvoirs politiques et les partenaires sociaux territoriaux œuvrent alors à la promotion socio-économique de leurs territoires, y compris du point de vue des politiques de l'emploi et des relations du travail. Ce qui peut faire naître des espaces de négociation collective impliquant employeurs et syndicats. Sous sa forme la plus développée (conventions interprofessionnelles régionales), cette négociation pose elle aussi un problème d'articulation avec les conventions de niveau national (conventions de branches ou conventions interprofessionnelles).

Ces tendances peuvent provoquer une concurrence entre territoires. Elles supposent donc de mettre sur pied des mécanismes destinés à éviter des pratiques de dumping, mécanismes du type de ceux que la directive

96/71/CE du 16 décembre 1996 a imposés en matière de détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

Mais cette émergence de nouvelles unités territoriales de négociation s'exprime d'une autre manière, qui peut être unie ou non à la régionalisation politique et administrative. Il s'agit des liens conventionnels qui peuvent se nouer dans le cadre des réseaux d'entreprises. L'implantation territoriale des entreprises (en fonction des infrastructures, de l'emploi et des relations productives de leur territoire) est un facteur très important de l'organisation du travail, qui peut donner naissance à de nouvelles unités territoriales de négociation collective. Les territoires ainsi dessinés peuvent coïncider ou non avec ceux qu'institue l'organisation des pouvoirs publics ; ils peuvent être infra- ou transnationaux.

Dès lors que des entreprises collaborent sur la longue durée à la réalisation d'un produit ou d'un service et sont liées entre elles par des relations contractuelles durables (sous-traitance, intérim, concession ou adjudications, etc.), ce réseau est la seule unité pertinente de négociation dans un certain nombre de domaines. La négociation collective dans ces domaines est en effet la seule à même d'harmoniser certaines conditions de travail et de garantir une prise de décision avec l'interlocuteur patronal qui est en fait responsable de ces conditions. La question désormais classique d'identification des groupes d'entreprises fait alors place à celle, encore plus redoutable, de l'identification des réseaux d'entreprises. Il faut, pour la résoudre, procéder à la détermination des relations et des responsabilités entrepreneuriales qui existent entre des entreprises juridiquement autonomes mais économiquement dépendantes les unes des autres, qui collaborent de façon stable à la réalisation de produits et de services.

La prise en considération des réseaux d'entreprises est déjà présente dans certaines législations nationales sous la forme d'un certain nombre de mécanismes de représentation, de concertation ou de négociation à base territoriale. Ainsi en va-t-il de l'institution des *délégués de site* ; de la consultation éventuelle, lors de la négociation dans une entreprise, des délégués syndicaux d'*entreprises extérieures* travaillant dans les locaux, ou sur le chantier et sous la direction de cette entreprise ; des commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles qui peuvent servir d'instance de négociation collective commune à plusieurs petites entreprises regroupées sur un plan local ou départemental, etc. Au plan communautaire, la directive 92/57 du 24 juin 1992 impose une coordination entre entreprises intervenant sur un même *chantier* de bâtiment ou de génie civil pour tout ce qui intéresse la santé et la sécurité des travailleurs. Cette coordination implique notamment la mise en place éventuelle d'un collège interentreprises (auquel participent avec voix consultative des salariés employés sur le chantier) et l'assujettissement des travailleurs indépendants à certaines dispositions du droit du travail.

L'identification de ces réseaux est nécessaire en effet pour garantir le respect de certains droits des travailleurs impliqués dans ces réseaux. Elle permet de rendre solidairement responsables l'ensemble des entreprises

concernées ou d'imposer une coordination entre elles (relatives aux salaires, à la sécurité et la santé au travail et à la protection sociale). Cette identification est également nécessaire à l'établissement de relations équilibrées entre les différentes entreprises du réseau ; il convient en particulier d'éviter les abus de position dominante et les exonérations abusives de responsabilité de la part des entreprises qui y occupent une position de force. La négociation au sein des réseaux ne se limite pas en effet à la fixation des relations de travail salarié, mais peut s'étendre à des accords entre entreprises donneuses d'ordre et entreprises sous-traitantes. Elle peut englober toute une chaîne de sous-traitance jusqu'au niveau du travailleur indépendant. Ce développement toutefois se heurtera lui aussi au problème d'articulation avec les conventions de branche. Mais il répond à un besoin déjà repéré par les entreprises, ainsi qu'en témoignent un certain nombre d'expériences engagées à leur initiative.

La pratique a donné le jour à des formes de concertation sociale au sein des réseaux d'entreprises, notamment les réseaux de sous-traitance (conclusion de chartes de sous-traitance, sans force juridique contraignante). Des clauses sociales ont aussi pu être introduites dans le contrat unissant une entreprise donneuse d'ordre et ses sous-traitants, et garantissant la professionnalité des salariés de ces dernières[7]. Ce type d'initiative pourrait se développer aussi sous la forme de conventions collectives d'entreprise (et non pas de travail) conclues entre d'une part une entreprise donneuse d'ordre et d'autre part le groupement de ses entreprises sous-traitantes (ou des travailleurs indépendants travaillant pour son compte). Il existe déjà des exemples de conventions collectives de ce type (voir *supra*).

La représentation et la négociation collective au plan territorial tendent donc à se développer aussi bien dans le cadre de réseaux d'entreprises économiquement stables que dans celui de négociations interprofessionnelles instituées au niveau départemental ou local. Cela confirme notre hypothèse initiale de l'influence exercée par les formes d'organisation des pouvoirs publics (État, régions, Union européenne) ou privés (entreprises, groupes, réseaux…) sur le cadre des relations collectives de travail.

La négociation au niveau communautaire

Les pratiques de négociation communautaires – il s'agit souvent davantage de concertation sociale que d'une authentique négociation collective – révèlent les problèmes dont souffrent l'organisation et le fonctionnement efficace des partenaires au niveau européen, y compris le problème de la réglementation de leur représentativité, de la clarification des procédures de négociation et de l'efficacité des instruments convenus. Parmi les manifestations les plus importantes de cette négociation au niveau communautaire, il faut citer les accords conclus entre le CES,

l'UNICE et le CEEP concernant le congé parental et le travail à temps partiel. Pour limitées qu'elles soient, ces expériences donnent corps à une négociation communautaire interprofessionnelle appelée à se développer par les dispositions de l'accord social de Maastricht, tel qu'inséré dans le traité d'Amsterdam.

Reste posée la question essentielle d'une négociation collective européenne de branche. Et celle de l'efficacité des conventions qui en résulteraient et leur articulation avec les très nombreux autres niveaux de négociations.

L'idée a été avancée que les secteurs d'intérêt économique général, au sens de l'article 90 du traité de Rome, pourraient être un domaine exemplaire de négociation européenne de branche[8]. Dans la mesure, en effet, où l'on admet que le caractère économique de ces services signifie le droit de négocier leur prestation, leur organisation juridique doit s'inscrire dans un cadre conventionnel. Mais cela ne signifie pas pour autant un alignement sur le droit commun du travail. Il est déjà admis que l'impératif d'intérêt général puisse mettre en échec la libre concurrence[9]. En matière de travail, le service d'un intérêt général implique le respect de règles professionnelles répondant aux exigences propres de ce service. Ces règles assurent un équilibre entre les contraintes particulières qui peuvent peser sur les travailleurs de ces services et des contreparties en termes de statut professionnel. La définition de ces règles professionnelles est une question qui se prêterait particulièrement bien à une négociation européenne de branche. Cela contribuerait à la fois au dynamisme du dialogue social et à l'affirmation d'intérêts généraux communautaires transcendant les cadres nationaux où ont été renvoyés jusqu'ici de façon très paradoxale les services économiques d'intérêt général.

La question de la représentation collective

La question de la représentation des travailleurs et des employeurs est l'une des plus difficiles qui se posent au droit du travail. Pour les raisons qui ont déjà été exposées en introduction de ce chapitre, cette représentation est étroitement liée aux formes d'organisation de la négociation collective, qui sont elles-mêmes dépendantes des formes d'organisation du travail. Cette donnée est commune aux organisations patronales et aux syndicats.

L'histoire a révélé aussi les diverses facettes qui peuvent être celles des organisations représentatives : agents privés purement contractuels ; sujets

politiques subordonnés ou indépendants vis-à-vis des partis politiques ; contre-pouvoirs dans l'entreprise, etc. Cette évolution a abouti à la configuration duelle des syndicats, qui ajoutent à leur nature juridico-privée l'exercice de fonctions politico-institutionnelles.

Au-delà de ces considérations générales, ce qui caractérise le mieux le système de représentation collective en Europe est son extrême diversité. Il ne s'agit pas ici de décrire cette diversité ni même d'en faire une analyse comparative[10], mais de mesurer les transformations et aussi les forces de conservation du système, afin d'identifier les directions dans lesquelles il est susceptible d'évoluer.

Les transformations du système de représentation

Les forces de changement qui pèsent aujourd'hui sur la représentation collective expliquent les formes empruntées par ce changement.

Les forces de changement

Les nouvelles formes d'organisation du travail

La crise du système fordiste et son incidence sur les modes de travail et sur les relations du travail qui s'établissent autour de celles-ci frappent de plein fouet les représentants des intérêts socio-économiques des travailleurs et des employeurs, leurs profils et leurs fonctions traditionnelles.

Aujourd'hui, les transformations dans les entreprises engendrent une grande variété de types d'entreprises, qui définissent autant de nouveaux espaces de relations de travail (concentrations et groupes d'entreprises, réseaux d'entreprises qui donnent lieu à l'externalisation du travail et à l'établissement de relations stables de coopération, entreprises « dépendantes », entreprises de dimension très réduite et entreprises virtuelles). L'éclatement de la négociation collective tel que nous l'avons décrit remet évidemment en cause les structures établies de la représentation syndicale. Qu'il s'agisse de la décentralisation de la négociation vers l'entreprise ou de sa recentralisation dans de nouvelles unités de négociation (groupes, réseaux, territoires, Europe), tout concourt à affaiblir la représentation de branche au niveau national.

D'autre part, la base humaine et sociale homogène des syndicats – les travailleurs salariés industriels, masculins, ayant un contrat de travail typique, à durée indéterminée et à plein temps – s'est fragmentée et diversifiée, tandis que se délitait la communauté des intérêts représentés.

La diversification croissante des salariés et de leurs intérêts, l'instabilité des expériences de travail, la discontinuité des parcours professionnels, et la propagation des phénomènes de sous-traitance, de décentralisation ou de délocalisation de la production sont autant de facteurs d'affaiblissement de la représentation syndicale traditionnelle. La fonction de représentation s'en est trouvée considérablement compliquée, ce qui a rendu nécessaire le recours à des techniques de représentativité.

Le chômage

Le chômage de masse a contribué lui aussi à la détérioration de la capacité de représentation du syndicat et à sa perte d'influence. Tout d'abord la peur du chômage est un puissant facteur de démobilisation syndicale des salariés. L'armée de réserve des chômeurs permet de dissuader ceux qui ont un emploi de participer activement à des mouvements de revendication.

D'autre part, le chômage se traduit par l'apparition de nouvelles organisations qui font concurrence aux syndicats et mettent en question leur monopole de représentation (organisations non gouvernementales, associations ayant pour objet la défense des démunis et des chômeurs, fondations…). Certes, tous les syndicats prétendent représenter les intérêts des sans-emploi. Mais, devant déjà faire face à un rapport de force défavorable dans les entreprises, les syndicats sont en fait accaparés par la défense des intérêts de ceux qui ont (encore) un emploi. D'où, dans certains pays, comme la France en décembre 1997, l'apparition d'actions revendicatives animées par des organisations de chômeurs en dehors du mouvement syndical ou même en rupture avec lui. La question de la reconnaissance des organisations représentatives propres aux chômeurs a déjà été posée au plan communautaire. Ainsi le rapport du « Comité des sages » (mars 1996), prévu dans le deuxième programme d'action sociale de la Commission (avril 1995), proposait-il, dans le cadre de la promotion de l'intégration des politiques sociales dans l'Union, de « reconnaître de façon explicite, comme partenaire, dans le traité, les acteurs collectifs qui agissent dans la société civile et, en particulier, les institutions de solidarité qui luttent contre l'exclusion et la pauvreté et qui peuvent représenter les chômeurs et les exclus ». Cela dit, la contribution des syndicats au maintien des grands équilibres sociaux et à l'obtention de la cohésion sociale restant décisive, leur organisation adéquate et leur fonctionnement efficace demeurent un enjeu prioritaire pour l'Union européenne comme pour les États membres.

L'initiative idéologique patronale

Depuis les années quatre-vingt, et dans tous les États membres, le patronat a repris l'initiative idéologique, en subordonnant les droits des travailleurs aux contraintes économiques, en demandant plus de « flexibilité » dans les relations de travail (utilisation de l'emploi précaire, modification de l'emploi, extinctions), et en marginalisant l'initiative syndicale traditionnelle dans les processus de réglementation des conditions de travail. Cette offensive idéologique a amené certains syndicats à renoncer à une culture du conflit. Se plaçant sur le terrain patronal, l'action syndicale évolue alors vers des formes de dialogue ou de coopération, qui répondent aux vœux du management participatif. Un autre aspect de l'initiative patronale a consisté en effet à marginaliser les formes de représentation instituées par le droit du travail, au profit d'un management qui favorise le contact immédiat, direct et continu avec les travailleurs.

En somme, dans les sociétés postindustrielles, les transformations qui se sont produites dans le travail et dans le capital ainsi que dans leur organisation respective se traduisent en un nouveau rapport de force. Ces changements ont des dimensions sociologiques, économiques et culturelles qui sont indépendantes du droit du travail. Ils se retrouvent dans tous les pays européens, mais sous des formes très diverses.

Les formes du changement

L'affaiblissement des syndicats

Le nouveau contexte socio-économique qui vient d'être décrit explique l'affaiblissement des structures de représentation collectives qui s'observe dans divers pays. Cet affaiblissement se traduit notamment par une diminution quantitative du nombre d'adhérents. Il concerne au premier chef les syndicats de salariés, mais aussi, dans une moindre mesure, les associations patronales. Les incitations à adhérer à une organisation patronale se sont en effet réduites elles aussi : la crainte des grèves, le souci d'unifier les conditions de la concurrence ne pèsent plus d'un poids aussi lourd dans l'adhésion, qui demeure cependant un moyen de participer à la gestion de biens communs des employeurs (notamment dans le domaine de la formation) ou de peser sur la négociation d'accords susceptibles d'être étendus à l'entreprise.

La France est l'un des pays européens qui connaissent la plus grande désaffection syndicale. En août 1995, la revue *Liaisons sociales* indiquait que la France serait le pays industrialisé ayant le plus faible pourcentage de sa population active affilié à un syndicat. Ce taux serait de 9 %. Cette même

revue a, en outre, fait part d'un sondage réalisé pour la CFDT. Ce sondage fait apparaître qu'un Français sur deux fait « peu confiance » ou « pas du tout confiance » aux trois principales confédérations syndicales (CGT, CFDT, FO). Les évolutions technologiques, l'introduction d'une forme de flexibilité du travail ont concouru à l'affaiblissement du syndicalisme. Au 31 décembre 1989, 50,7 % des entreprises concernées avaient des délégués syndicaux. Les syndicats français étaient originairement implantés dans le secteur secondaire, industriel. Ces dernières années ont vu un transfert relativement net du secteur secondaire au secteur tertiaire, au sein duquel les syndicats avaient une implantation moindre, et donc difficile à mettre en œuvre. En 1962, le secteur tertiaire concernait 45,4 % des emplois alors qu'en 1990 il concernait 65,6 % de ceux-ci. La présence syndicale est particulièrement faible dans le domaine des services marchands aux entreprises. Les organisations syndicales représentatives recueillent cependant ensemble 65,6 % des suffrages exprimés lors des élections dans les comités d'entreprise. Mais les élus sans étiquette sont de plus en plus présents.

Au Royaume-Uni, le taux de syndicalisation a également diminué (55 % en 1980 ; 39 % en 1989 ; 31 % en 1996). Ce taux est désormais à peine supérieur pour les hommes que pour les femmes ; de même, il a baissé chez les travailleurs manuels et du secteur secondaire, au point de se trouver à présent au même niveau que celui des travailleurs non manuels et celui des industries de services. Le taux de syndicalisation continue à être beaucoup plus élevé dans le secteur public que dans le secteur privé, mais l'importance de ce secteur a diminué avec la privatisation et le soumissionnement compétitif obligatoire (par lequel les employeurs du secteur public sont obligés de permettre aux entrepreneurs du secteur privé de faire une offre pour obtenir le droit de fournir des services spécifiques). Les secteurs traditionnellement forts des syndicats (mines de charbon, industrie de transformation et emploi dans le secteur public) ont décliné et la croissance de l'emploi à temps partiel, temporaire et féminin a bouleversé les bases traditionnelles du syndicalisme (main-d'œuvre masculine sous contrat à durée indéterminée et à temps complet). Toutefois, cet affaiblissement a été atténué par une croissance du taux de participation syndicale de la main-d'œuvre féminine. Il y a également eu un effondrement du soutien apporté par l'État à la représentation collective, compte tenu des réformes du droit syndical introduites par les gouvernements conservateurs dans le cadre de leur politique de déréglementation et d'individualisation.

En Allemagne, on observe une certaine tendance à la désaffiliation des PME, qui souhaitent ainsi échapper aux conventions de branche. Si un employeur se retire de l'association patronale, la convention continue de s'appliquer aux contrats de travail existants. Mais l'employeur ne sera plus lié par les nouvelles conventions collectives. Cette possibilité est de plus en plus utilisée par les employeurs. Mais la simple menace de désaffiliation conduit les syndicats à faire de plus en plus de concessions. Le problème actuel des syndicats allemands est donc moins la perte de leurs propres membres que la perte de membres des associations patronales. Il faut dire que les syndicats peuvent demander la conclusion de conventions collectives directement aux employeurs non membres d'associations patronales, soit par un accord d'adhésion, soit par un accord particulier à l'entreprise. Comme moyen de pression, ils peuvent aussi recourir à la grève, mais seulement celle des employés de l'entreprise concernée. Mais en pratique, de telles grèves pour la conclusion d'accords d'entreprise ne se produisent que dans de grandes entreprises avec une bonne organisation syndicale. Les PME qui sortent des associations patronales ou qui ne s'y affilient pas ont une bonne chance de rester à l'abri des actions des syndicats et des conventions collectives. Cela fonctionne d'autant mieux qu'en pareil cas les comités d'entreprise se substituent aux syndicats en tant qu'agents de négociation.

Il faut toutefois souligner que la baisse des adhésions syndicales ne constitue pas un phénomène généralisé. Elle ne se vérifie pas en Hollande, en Suède, ou en Italie.

Aux Pays-Bas, les grandes confédérations de syndicats ont bien vu le nombre de leurs membres diminuer dans les années quatre-vingt, mais ce nombre est à présent en train d'augmenter lentement jusqu'à une moyenne de 25 % de la main-d'œuvre.

De même, en Italie, l'augmentation du chômage et de l'emploi précaire n'a pas eu l'effet perturbateur qu'elle aurait pu avoir sur l'adhésion syndicale. Cela s'explique notamment par le type particulier de chômage existant en Italie (jeunes et femmes dans l'Italie du Sud vivant avec leur famille), qui contribue à rendre diffus le caractère explosif de ce phénomène sur le plan social.
Le taux de syndicalisation en Suède est particulièrement élevé depuis les années cinquante, en raison notamment de la centralisation du système de négociation propre aux principaux partenaires sociaux du secteur privé, principalement LO et SAF. Le secteur public s'est vu lui aussi inclure, un peu plus tard, dans ce système de négociation centralisée. Il s'ensuit que le taux de syndicalisation a atteint des niveaux extrêmement élevés en Suède. À titre d'exemple, environ 90 % de la main-d'œuvre du secteur privé est syndiquée, et ce chiffre est demeuré stable au fil des ans.

Les mouvements d'unification ou de scission syndicale

La représentation collective est toujours confrontée au dilemme du pluralisme et de l'unité. L'hétérogénéité croissante des situations de travail est évidemment un facteur de pluralisme et peut se traduire par des scissions syndicales. En revanche, la recherche d'un équilibre des forces entre organisations patronales et salariales va dans le sens de l'unité. Les deux mouvements s'observent en Europe.

Dans certains pays, on assiste à des regroupements spectaculaires des forces syndicales.

C'est le cas des Pays-Bas, qui ont été le théâtre d'un important mouvement de fusion d'organisations, du côté patronal aussi bien que syndical.
Du côté des employeurs, il y a maintenant trois confédérations aux Pays-Bas : *a)* VNO-NCW (gros employeurs dans l'industrie, le commerce et le secteur des services), *b)* MKB (petites et moyennes entreprises) et *c)* LTO Nederland (agriculture et horticulture). VNO et NCW ont fusionné les premiers en mars 1995 pour former la Confédération des industries et des employeurs des Pays-Bas. VNO avait été elle-même formée en 1986 par la fusion de deux autres associations d'employeurs. NCW était la Fédération chrétienne néerlandaise des employeurs, formée en 1970 par une fusion d'organisations catholiques et protestantes. La nouvelle confédération pour les petites et moyennes entreprises, MKB Nederland, a également été formée en 1995, par la fusion de l'ancienne Fédération royale néerlandaise des petites entreprises et de la Fédération chrétienne néerlandaise des petites entreprises. En 1995 également, LTO Nederland (Confédération néerlandaise des agriculteurs et des horticulteurs) a formé une nouvelle confédération par la fusion d'une fédération catholique d'agriculteurs, le Comité agricole royal des Pays-Bas et la Fédération chrétienne des agriculteurs. La LTO nouvellement formée compte parmi ses membres environ 80 % des agriculteurs et horticulteurs néerlandais. Du côté des salariés, on a assisté à un énorme processus de fusionnement à la fin des années soixante-dix et au début des années quatre-vingt, quand la Fédération néerlandaise des syndicats (FNV) a été formée. C'était aussi une fusion d'une Fédération générale des syndicats et de la Fédération catholique des syndicats. Il y a dix-huit syndicats affiliés par l'intermédiaire de FNV, avec 1 300 000 membres en tout. En janvier 1998, cinq de ces dix-huit syndicats affiliés ont fusionné pour former un nouveau syndicat : FNV Bondgenoten. Avec cette fusion, FNV se compose de deux gros syndicats, un pour le secteur public et un pour le secteur privé (alimentation, services, secteur bancaire, assurances, fabrication et transport).
En Belgique, on n'observe pas de « fusion » institutionnelle des syndicats au plan sectoriel ou national, mais la pratique du « front commun » réunissant les syndicats autour de cahiers de revendications est relativement courante.
Au Royaume-Uni, une série de fusions importantes a conduit à la création de quelques syndicats beaucoup plus importants. Par exemple :
– la fusion de trois syndicats du secteur public (NALGO, NUPE et COHSE) qui ont formé UNISON en 1993, aujourd'hui le plus grand syndicat de Grande-Bretagne (nombre actuel de

membres : 1,4 million) ;
– la fusion de deux syndicats principalement de travailleurs manuels couvrant la majorité des travailleurs qualifiés de l'industrie de transformation (AEU et EETPU) qui ont formé AEEU en 1992 (nombre actuel de membres : 0,8 million) ;
– la fusion de deux syndicats principalement de travailleurs non manuels (ASTMS et TASS) qui ont formé MSF en 1988 (nombre actuel de membres : environ 0,5 million). MSF considère à présent la possibilité de nouvelles fusions avec d'autres syndicats d'employés de bureau.
En Espagne, depuis 1987, les deux syndicats majoritaires, UGT et CC OO, suivent un processus d'unité, non pas organique mais d'action ; ces deux syndicats ont en outre connu des processus internes de fusion de leurs fédérations de l'industrie.
En Allemagne, nous assistons, de même, à une tendance marquée vers les fusions. Une fusion entre IG Chimie (industrie chimique) et IG Bergbau (industrie minière) a déjà eu lieu. Le petit IG Textil und Bekleidung (industrie textile et vêtements) s'est réfugié dans les bras du puissant IG Metall. Au sein du secteur des services (public et privé), une fusion de six syndicats est en cours de discussion.

D'autres pays au contraire connaissent des processus de diversification ou de scission, davantage dans le domaine syndical que dans le domaine patronal.

Ainsi, en France, l'opposition à la ligne jugée trop « participative » de certaines grandes confédérations (CFDT ; FEN dans l'Éducation nationale) s'est finalement traduite par des scissions syndicales (avec notamment la création du syndicat SUD par scission d'avec la CFDT), et donc par un endettement encore plus grand de la représentation des salariés dans un pays déjà caractérisé par la division et la faiblesse des syndicats.
En Belgique, il faut signaler l'existence d'un débat concernant la représentation syndicale des cadres. Si les syndicats traditionnels font de gros efforts pour intégrer dans leurs rangs les cadres et leurs revendications spécifiques, on a vu apparaître des syndicats autonomes de cadres présentant des listes séparées aux élections sociales.

Enfin, on observe dans certains pays une tendance des organisations patronales à privilégier la négociation avec de petits syndicats minoritaires pour obtenir plus facilement satisfaction dans la négociation des conventions collectives.

Ainsi, en Allemagne, les employeurs de la métallurgie ont aujourd'hui tendance à conclure des conventions collectives avec le petit syndicat chrétien de la métallurgie au lieu du grand syndicat de l'industrie métallurgique. Cette pratique rompt avec l'usage consistant à traiter les grands syndicats membres de l'Union allemande des syndicats (DGB) comme des syndicats « unitaires », les petits syndicats ayant seulement la possibilité d'adhérer aux conventions négociées par les grands. Si les employeurs essayaient à l'avenir de jouer systématiquement les petits syndicats contre les grands, se poserait le problème de la pluralité des conventions collectives de différents syndicats dans la même entreprise. Il est trop tôt pour savoir si cette tendance se renforce ou si les grands syndicats font assez de concessions pour que les employeurs renoncent à cette pratique.

L'essor des institutions représentatives dans l'entreprise

La décentralisation de la négociation collective vers l'entreprise et l'émergence de nouvelles unités de négociation fondées elles aussi sur l'entreprise (groupes, réseaux) favorisent évidemment un essor du rôle de la représentation des travailleurs à ces niveaux. Les institutions de représentation des travailleurs élues dans les entreprises – les comités ou conseils d'entreprise ou comités de coopération – sont en réalité les seules

formes de représentation collective qui soient en mesure de concurrencer la représentation syndicale. Ces comités ou conseils d'entreprise se sont consolidés dans les systèmes dualistes de représentation (majoritaires dans les pays européens) avec une tendance dans certains d'entre eux au renforcement de leurs pouvoirs de participation et de contrôle (information et consultation) et à l'attribution d'un pouvoir de négociation (bien que dans certains pays, comme les Pays-Bas, leur capacité à assujettir le travailleur individuel à travers les accords qu'ils concluent soit remise en question).

Les différents systèmes dualistes de représentation dans les entreprises établissent les relations de ces institutions électives de représentation avec les syndicats. Cette articulation peut prendre la forme d'une distribution des compétences des unes et des autres, ou d'une présence syndicale dans les institutions représentatives du personnel de l'entreprise (présence assurée directement par l'attribution de sièges aux syndicats ou indirectement par les règles d'organisation des élections professionnelles). Mais cette répartition des rôles dans la représentation collective est bien souvent démentie par la pratique, qui pousse à privilégier les institutions électives. Cette évolution est aussi encouragée par les dispositions légales en matière d'information, de consultation et de négociation, qui n'ont cessé de renforcer les prérogatives de ces institutions.

L'exemple allemand est un bon révélateur de ces évolutions. Au niveau de l'entreprise, les conseils d'entreprise *(Betriebsrat)* sont le partenaire de l'employeur. Ils sont élus par tous les employés sans considération de leur appartenance aux syndicats. Les conseils d'entreprise sont indépendants des syndicats, mais liés avec eux par le fait qu'environ 75 % des membres du conseil d'entreprise sont syndiqués. Les accords d'entreprise entre l'employeur et les conseils d'entreprise s'appliquent comme la convention collective directement et obligatoirement aux contrats de travail. Ils peuvent aussi régler les mêmes matières (la conclusion, le contenu et la terminaison des contrats de travail, des questions d'entreprise ou d'organisation de l'entreprise, des institutions conjointes). La solution de cette situation de concurrence est donnée par la loi sur l'organisation du travail dans les entreprises *(Betriebsverfassungsgesetz).* Cette loi prévoit que les accords d'entreprise ne sont pas licites dans les matières pour lesquelles la convention collective concernée contient, en général, des dispositions. Mais, comme déjà vu, les conventions collectives peuvent contenir des clauses d'ouverture qui permettent des dispositions additionnelles ou différentes dans les accords d'entreprise. Les employeurs font tout leur possible pour accroître l'autonomie du *Betriebsrat* vis-à-vis du syndicat en matière de négociation. Mais ils se heurtent bien sûr à la résistance de ces derniers. En revanche, dans l'établissement de plans sociaux, le rôle des conseils d'entreprise est beaucoup plus important, puisque le principe de priorité de la convention collective de branche n'existe pas dans cette matière. Dans les entreprises avec un conseil d'entreprise, il n'y a pas de licenciement collectif sans plan social. Si l'employeur et le conseil d'entreprise ne peuvent pas s'accorder, le plan social est établi par un organisme paritaire de conciliation dont le président est neutre. Jusqu'à maintenant, ces plans sociaux contenaient surtout des indemnités de licenciement. Mais récemment, on a constaté des tendances à développer de véritables plans d'emplois. Cela contribue naturellement à majorer le rôle des *Betriebsrat* vis-à-vis des syndicats.

En France, l'ensemble des réformes intervenues depuis les lois Auroux ont privilégié la représentation au niveau de l'entreprise. Les attributions du comité d'entreprise n'ont cessé de

croître. La promotion de la négociation d'entreprise majore le rôle des délégués syndicaux d'entreprise et, en leur absence, celui des comités ou des délégués élus du personnel. Comme déjà indiqué plus haut, la loi du 12 novembre 1996 ouvre la possibilité de donner un mandat de négociation collective à des élus du personnel ou à des membres de l'entreprise mandatés par le syndicat. Les accords ainsi conclus doivent être ensuite validés par une commission paritaire. Le souci de privilégier la représentation et la négociation au niveau de l'entreprise a conduit certains milieux patronaux à faire une proposition plus radicale : celle d'un « contrat collectif d'entreprise ». Négocié avec les élus ou les délégués syndicaux, ce contrat collectif pourrait déroger à l'ensemble des dispositions du Code du travail et des conventions de branches, sous la seule réserve d'un « socle intangible » de droits sociaux fondamentaux. Cette proposition soutenue par le groupe « Entreprise et progrès[11] » a été reprise à son compte dans une étude récemment publiée sous l'égide du ministre de l'Industrie[12].

Cette évolution conduit à exclure l'idée que les syndicats aient aujourd'hui, en droit ou en fait, un monopole de la représentation collective des travailleurs en Europe. En France, le Conseil constitutionnel a décidé à ce propos que les syndicats, bien qu'ils aient vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs, n'ont pas le monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective : « Des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives[13]. » Le Tribunal constitutionnel espagnol, adoptant un raisonnement similaire, estime que la Constitution espagnole établit une reconnaissance large des titulaires des droits collectifs du droit du travail, « en éludant la consécration d'un monopole du syndicat », de sorte que le droit de négociation collective se voit attribué à tout représentant des travailleurs et du patronat. Il ajoute cependant que « cela ne signifie ni qu'il existe une non-définition constitutionnelle ni une identité entre tous les sujets susceptibles de l'exercice de fonctions syndicales ». Tout au contraire, la Constitution espagnole « constitutionnalise le syndicat », même si elle n'en fait pas autant en ce qui concerne d'autres représentations, tels les comités d'entreprise, qui ne sont qu'une création du législateur (Sentence 118/1983, du 13 décembre, suivie d'autres sentences postérieures).

Dans la même perspective, l'importance de la directive 94/45/CE n'a peut-être pas été suffisamment soulignée, puisqu'elle entérine au niveau communautaire les systèmes dualistes de représentation (syndicale/élective) de certains États membres. L'option centrale de la politique législative sociale de l'Union européenne est celle d'une consolidation de ces valeurs de participation par rapport aux nouvelles formes d'organisation du travail et aux exigences de flexibilité des employeurs et de sécurité des travailleurs. C'est ce que met en évidence le récent Livre

vert de la Commission sur la « coopération pour une nouvelle organisation du travail ». C'est dans cette ligne que se situe aussi la proposition Davignon sur la participation des travailleurs dans les sociétés européennes[14].

Les forces de conservation du système de représentation

Non seulement les changements qui viennent d'être analysés sont d'intensité variable selon les différents pays européens, mais surtout ils affectent des structures sociales dotées d'une grande force de conservation. Une analyse sérieuse des sociétés européennes ne permet pas en effet de conclure à la disparition pure et simple du modèle fordiste et des éléments qui le définissent, ni à celle du travail industriel ou à celle du travailleur typique. Au contraire, la diversité et la coexistence de modèles ou de systèmes d'organisation de la production et du travail constituent la caractéristique forte des temps présents. Nos sociétés, en transition permanente, connaissent aussi la réapparition et la rénovation de formes de travail antérieures au modèle fordiste (tâcheronnage, contrats de groupe, travail à domicile et télétravail, cessions de travailleurs, etc.). Le binôme changement/conservation est donc essentiel pour une compréhension correcte de ces transformations.

Il ne faut donc ni sous-estimer ni surestimer la signification des évolutions en cours. D'une manière générale, il serait dangereux d'occulter la détérioration que le temps, les changements de l'organisation du travail ainsi que la routine et l'inadaptation ont provoquée dans le syndicalisme. Les syndicats doivent adapter leur organisation, c'est-à-dire leurs structures, et leur action à l'hétérogénéité du monde du travail. Mais cette nécessaire adaptation ne doit pas conduire à négliger les forces de conservation du système de représentation collective. La stabilité du droit syndical, le besoin de représentation syndicale et l'absence d'alternative à cette représentation sont autant de facteurs qui conduisent à pronostiquer beaucoup plus sûrement une adaptation plutôt qu'une révolution des formes de la représentation collective des travailleurs.

La stabilité du droit syndical

Les systèmes de représentation collective du travail, malgré leur extrême diversité dans les pays européens, n'ont en général pas connu de changements véritablement fondamentaux dans les pays où ces systèmes avaient une base légale. Il est significatif que ce soit seulement dans la Suède des années soixante-dix ou l'Angleterre des années quatre-vingt,

c'est-à-dire dans deux pays où le droit du travail avait une nature principalement conventionnelle, que le droit syndical a subi des inflexions majeures, l'État reprenant le contrôle de l'organisation du marché du travail.

En Suède, le Premier ministre Olof Palme déclara qu'une des principales tâches des années soixante-dix était « d'empêcher que les développements techniques n'apportent de conséquences sociales déraisonnables ». Il y eut des discussions au sujet des changements survenus dans les sociétés anonymes, de la représentation des employés au conseil d'administration et, aspect tout aussi important, de la question de la démocratie économique. Les initiatives prises par le Parlement et par le Premier ministre marquèrent le début de la législation du marché du travail qui fut approuvée dans les années soixante-dix et qui remplaça la convention de Saltsjöbaden et les politiques de coopération qui avaient dominé la scène politique du marché du travail pendant les trois décennies précédentes. Le président de la LO, Arne Geijer, avait participé au débat parlementaire et avait présenté une motion au Parlement en 1971 dans laquelle il proposait que la législation du travail soit réexaminée. Cette proposition déboucha sur la création d'un comité de législation du travail et sur le projet de loi gouvernementale de 1976 qui aboutit à l'introduction de la loi sur une base de codétermination. Une série d'autres lois furent approuvées dans le domaine du marché du travail pendant la période comprise entre les débats parlementaires de 1970 et l'introduction de la loi sur la base de codétermination (MBL). La première avait trait à la question de la représentation des employés dans les conseils d'administration des entreprises et donna lieu à la loi de 1971 sur la représentation au conseil d'administration. La loi sur la position des représentants syndicaux dans les entreprises entra en vigueur en 1974. Ce passage d'une tradition de non-intervention de l'État, où les partenaires sociaux assumaient la responsabilité de la formation d'un système de négociation (la « Saltsjöbadspolitics »), pour se diriger vers le système d'État interventionniste apparu dans les années soixante-dix, ne visait cependant pas à transférer dans les mains de l'État la responsabilité des conditions de travail dans les entreprises. Les lois introduites alors étaient des lois cadres, formulées avec le postulat qu'il revenait aux partenaires sociaux de les compléter au travers de la négociation de conventions collectives. En fait, ces négociations entre les partenaires sociaux ne se déroulèrent pas de la façon prévue, en raison de l'apparition de relations plus antagonistes et dures entre ces partenaires sociaux, à partir du milieu des années soixante-dix.
Le gouvernement britannique de Mme Thatcher a introduit des changements légaux visant à réduire le pouvoir des syndicats par rapport aux employeurs. Ces réformes ont rendu illégales les grèves de solidarité, ce qui permet aux employeurs de renvoyer les grévistes de façon sélective (selon la législation antérieure, pendant un conflit, les employeurs pouvaient seulement licencier de façon non abusive tous les travailleurs impliqués dans le conflit ou aucun ; ils ne pouvaient pas renvoyer les travailleurs de façon sélective) ; la définition du conflit de travail a été restreinte, limitant d'autant l'étendue du droit de grève ; les syndicats se sont vu retirer leur immunité face au procès civil pour les pertes causées par une grève illégale ; la loi a imposé des scrutins avant de faire grève (avec des délais spécifiés de réflexion). Ces réformes ont affaibli les syndicats par rapport aux employeurs (bien que l'exigence de scrutins avant la grève soit parfois considérée comme un facteur de renforcement de la légitimité des syndicats). En même temps, le gouvernement a marginalisé le rôle du TUC (Trade Union Congress : organisme de coordination et de représentation du mouvement syndical à l'échelon national, et des syndicats en général), en réduisant la consultation des syndicats et leur participation au sein des organisations paragouvernementales, tout en continuant à y faire participer les organisations d'employeurs. La principale expression formelle de consensus social était le Conseil national pour le développement économique (NEDC : National Economic Development Council), avec une représentation des syndicats, des employeurs et du gouvernement. Le rôle principal du NEDC était de produire des plans économiques de développement nationaux et sectoriels. Au cours des années quatre-vingt, le NEDC a été marginalisé (le financement a été réduit et ses propositions mises sur la touche), puis dissous. Inversement, la participation des employeurs au sein des organismes non gouvernementaux quasi autonomes a été encouragée, notamment dans les conseils de formation et d'entreprise (Training and

Enterprise Councils : organismes non gouvernementaux quasi autonomes de formation au niveau local), dont les conseils d'administration doivent avoir un niveau minimal de représentation d'employeurs. La représentation syndicale dans ces organismes est beaucoup moins significative et seulement facultative.

Dans les autres pays, le rôle des syndicats dans l'organisation du marché du travail n'a pas été remis en cause, les lois nouvelles étendant même certaines de leurs prérogatives. Les nouvelles formes de travail et d'emploi, caractérisées par le recul du secteur industriel et l'essor des services, l'incidence des technologies de l'information, la généralisation du travail temporaire et précaire (notamment chez les jeunes), des emplois subventionnés, du travail indépendant et du chômage, ne sont pas restées sans effets sur les partenaires sociaux. Mais ces changements, qui sont considérables et exigent des adaptations structurelles et fonctionnelles, ne permettent pas de parler en réalité de l'existence d'une véritable remise en cause des partenaires sociaux, ni de leur rôle de représentation, ni des instruments de leur action collective et notamment, parmi ces derniers, des systèmes de négociation collective. Seul le système britannique fait exception à cette règle, la « révolution conservatrice » des années quatre-vingt/quatre-vingt-dix ayant clairement œuvré dans le sens d'une individualisation totale des relations de travail et d'une éradication de la représentation syndicale traditionnelle (politique qui a fait place aujourd'hui à une approche de moindre confrontation et plus conciliante).

Dans les systèmes de pluralisme syndical, la fragmentation et la diversification de la communauté des intérêts socio-économiques représentés ont conduit à étendre l'utilisation des techniques de représentativité, qui donnent une base légale à la capacité de représentation des syndicats. De telles techniques servent à identifier les partenaires, à mesurer leur capacité de représentation, à assurer la légitimité des organisations les plus représentatives et à garantir l'application de leurs décisions à tous les travailleurs (affiliés et non affiliés). Ces techniques permettent non seulement d'assurer leur légitimité dans le champ de la négociation collective, mais aussi de fonder leur participation à des institutions publiques compétentes en matière économique et sociale et, bien sûr, à la gestion des institutions de gestion des systèmes ou régimes de Sécurité sociale.

Les présomptions légales de représentativité continuent de susciter des objections puisqu'elles octroient à des syndicats faiblement implantés une légitimité formelle et une série d'attributions légales auxquelles ils n'auraient pas droit si l'on s'en tenait au nombre de leurs adhérents. Cependant, dans les systèmes dualistes, où se tiennent des élections aux institutions représentatives dans les entreprises, il est facile de mesurer

l'audience de ces syndicats auprès des travailleurs. Pour le reste, les présomptions de représentativité sont généralement accompagnées de correctifs (légaux ou jurisprudentiels) destinés à garantir le pluralisme à travers les principes de représentativité majoritaire et proportionnelle.

Cependant, tous les modèles européens ne parviennent pas aussi bien à concilier les exigences de représentation équilibrée des employeurs et des salariés avec les impératifs de pluralisme syndical et patronal.

Le besoin de syndicats représentatifs

Ailleurs, on a souvent pris conscience qu'un affaiblissement excessif de la représentation syndicale pouvait s'avérer finalement dommageable aux entreprises ; les entreprises qui sont parvenues sur la longue durée à s'affirmer sur les marchés sont rarement celles qui ont fondé leur stratégie sur la destruction de toute représentation collective de leurs travailleurs. Cela explique certaines initiatives patronales visant à lutter contre la désyndicalisation.

En France, des accords collectifs d'un nouveau type visent à encourager l'action syndicale dans l'entreprise. Connus sous le nom d'accords de droit syndical, ou d'accords « Axa » (première entreprise à en avoir signé un de ce type), ils prévoient une subvention patronale de l'activité syndicale et s'efforcent d'améliorer les chances de carrière et de formation des représentants du personnel. Ces accords témoignent d'une volonté commune de certains dirigeants patronaux et syndicaux de lutter contre la désyndicalisation et de conforter la représentation syndicale dans les entreprises. Malgré les vives critiques adressées par certains à ce type d'accords[15], ils participent d'une orientation stratégique de certains syndicats[16] et ont été consacrés au plan interprofessionnel par l'accord du 31 octobre 1995 sur la politique contractuelle, qui encourage leur généralisation. Cet accord cadre invite à la négociation d'« actions positives » (*i.e. affirmative actions*) pour lutter contre la discrimination syndicale dans les entreprises.

Le rôle actuel des organisations patronales et des syndicats ne diffère pas, par essence, de son rôle historique. Les associations patronales et les syndicats contribuent, aujourd'hui comme hier, au maintien des grands équilibres sociaux et à l'obtention du consensus et de la cohésion sociale, avec plus ou moins de pouvoirs de gestion selon les différents pays. La composition des sociétés est aujourd'hui plus complexe, et les intérêts de ses composantes sont plus fragmentés et hétérogènes que ceux qui se rassemblaient autrefois autour de l'opposition duale entre le capital et le travail. Aussi la stabilité de l'ordre social est-elle, aujourd'hui encore plus qu'hier, suspendue à la capacité des organisations syndicales et patronales d'exprimer cette diversité tout en contribuant à la réalisation de l'intérêt général.

Les États ont en effet besoin de la contribution des partenaires sociaux pour assurer la cohésion sociale. Ils s'appuient notamment sur eux dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et du droit de l'emploi.

L'importance toujours plus grande reconnue dans la plupart des pays européens à la convention collective parmi les sources du droit du travail, et à la négociation collective comme mode de prévention et de règlement des conflits, majore le besoin d'institutions représentatives des employeurs et des salariés.

De même, l'évolution du droit communautaire, en mettant l'accent sur le dialogue social et la négociation collective comme mode privilégié de construction de l'Europe sociale, rend indispensable l'existence d'organisations syndicales fortes et représentatives. La question de la représentativité ne peut donc manquer de se poser à ce niveau. Le traité (art. 118 B) mentionne les « partenaires sociaux » sans les définir. Concernant la négociation interprofessionnelle ou sectorielle, ce problème n'a été abordé à ce jour que par une communication, sans valeur juridique, de la Commission (du 14 déc. 1993 sur la mise en œuvre du protocole sur la politique sociale). La CES ne regroupe pas tous les syndicats reconnus comme représentatifs au plan national (ex. pas la CGT, qui demeure le premier syndicat représentatif en France) ; du côté patronal, les petites et moyennes entreprises souhaitent faire entendre leur voix propre.

Dans sa communication de 1993 sur la mise en œuvre du protocole social, la Commission a établi une liste de vingt-huit organisations des partenaires sociaux pouvant être valablement consultées au niveau communautaire ; cette liste a été dressée selon des critères de représentativité définis dans cette communication. La représentativité est examinée conformément aux critères de la communication de 1993 et confirmée après examen du Conseil.

Selon la Commission, la représentativité des signataires d'un accord s'apprécie en fonction de la nature et de l'objet de l'acte en cause, tandis que la liste établie dans la communication sert à circonscrire les partenaires sociaux qui peuvent être valablement consultés par la Commission et qui peuvent être des participants potentiels à la négociation. De plus, le seul nombre d'adhérents n'est pas l'élément décisif pour apprécier la représentativité ; d'autres facteurs sont à prendre en compte tels que le mandat de négociation au niveau national et international ou les facteurs de double affiliation de certaines organisations nationales aux organisations européennes.

La Commission a été récemment conduite à préciser sa position dans le cadre d'un recours en annulation de la première directive (congé parental) adoptée pour mettre en œuvre le premier accord conclu par les partenaires sociaux sur la base de l'accord sur la politique sociale. Cette position procède d'une analyse du système établi par l'accord sur la politique

sociale. Ce système distingue trois grandes étapes : la consultation des partenaires sociaux, la négociation éventuelle des partenaires sociaux et la mise en œuvre de l'accord conclu avec les partenaires sociaux. La consultation a deux phases et permet aux partenaires sociaux de s'exprimer ; elle est obligatoire quand la Commission envisage une action en matière sociale. La négociation doit s'effectuer dans le respect de l'autonomie des partenaires sociaux. La troisième étape (mise en œuvre de l'accord) sous-entend le contrôle par la Commission de la légalité de l'acte et du respect du principe de subsidiarité et de proportionnalité, l'examen de la représentativité des parties signataires de l'accord ; et la possibilité pour la Commission de ne pas demander la mise en œuvre de l'accord au Conseil n'est pas exclue.

On peut légitimement penser que l'Union européenne ne pourra pas faire l'économie d'un véritable débat sur la représentativité. Le mécanisme d'autoreconnaissance n'a pu fonctionner que dans des systèmes de relations industrielles qui ne confèrent aucune force juridique aux conventions collectives (comme en Grande-Bretagne). Mais ce n'est pas le cas de l'ordre juridique communautaire, qui confère au contraire à la convention collective une place privilégiée parmi les sources du droit. C'est du reste parce que la négociation emporte des effets normatifs opposables à tous que la Commission européenne est aujourd'hui garante d'une représentation équilibrée des parties à cette négociation[17]. Dans la mesure où les partenaires sociaux sont associés à la délibération ou à la négociation de dispositions ayant une force réglementaire, la question de leur représentativité est une question d'intérêt général, dont les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser. Ce qui implique évidemment que l'Union européenne reçoive compétence en matière de droit syndical, dans la mesure nécessitée par le bon fonctionnement du système de consultation et de négociation mis en place par l'accord social de Maastricht. En tout état de cause, cette représentativité doit obéir au principe de concordance largement reconnue dans les droits nationaux : c'est-à-dire qu'elle doit s'apprécier au regard du niveau de représentation concerné. Il ne suffit pas qu'une organisation soit jugée représentative au niveau national pour que cela suffise à ce qu'elle se voie conférer *ipso jure* une représentativité européenne.

L'absence d'alternative à la représentation syndicale

Le chômage de masse et le développement de formes nouvelles d'organisation du travail et de l'emploi sapent évidemment les bases

traditionnelles du syndicalisme d'industrie. Et certains ont pu avancer que le syndicat était une institution frappée de désuétude, appelée à céder la place à de nouvelles formes de représentation collective, plus aptes que lui à exprimer la diversité des intérêts en jeu dans le monde du travail (organisations non gouvernementales, mouvements féministes et écologistes, syndicats de chômeurs, mouvement associatif général non syndical et mouvements sociaux, organisations bénévoles, organisations de consommateurs, « coordinations »…).

Mais l'observation des faits ne confirme pas que de telles organisations soient susceptibles de faire réellement concurrence aux syndicats dans l'exercice des fonctions de représentation d'intérêts collectifs et d'organisation de solidarités fondées sur le travail.

En Italie, les « para-syndicats », ou les organisations pour les chômeurs, par opposition au mouvement syndical « institutionnalisé » représenté par le CGIL, le CISL et l'UIL, sont pratiquement inexistants. Les « chômeurs organisés » à Naples sont parfois mentionnés, mais ne constituent en fait qu'une poignée de personnes ayant d'importantes relations avec les réseaux de solidarité locale ou même de quartier et les réseaux d'assistance ou de travail non officiels. Nous ne devrions pas oublier, en tout cas, que l'Italie compte des syndicats autonomes très puissants, particulièrement au sein de secteurs spécifiques – ainsi le rail, les transports aériens ou l'enseignement – qui sont capables de mobiliser l'ensemble de leur secteur dans des luttes spécifiques, voire corporatistes.

En France, l'apparition de « coordinations », lors des mouvements de grève de la fin des années quatre-vingt (notamment dans les entreprises publiques), avait pu être analysée par certains comme l'émergence de formes alternatives de représentation, plus soucieuses de porter les revendications (souvent corporatistes) de leurs membres que de s'inscrire dans une stratégie salariale d'ensemble. Mais ces initiatives ont été sans grand lendemain et les grèves de décembre 1995 ont vu un retour au premier plan des grandes confédérations dans la gestion des conflits. L'opposition à la ligne trop « participative » de certaines grandes confédérations (CFDT ; FEN dans l'Éducation nationale) s'est finalement traduite par des scissions syndicales (notamment la création du syndicat SUD par scission d'avec la CFDT), donc par un émiettement encore plus grand de la représentation syndicale, et non pas par l'apparition d'alternatives à cette représentation. Le mouvement des chômeurs de l'hiver 1997/1998 a rouvert le débat sur la difficulté des syndicats à prendre en charge la représentation des intérêts des chômeurs. Mais, pas plus que les « coordinations » des années quatre-vingt, les associations de chômeurs ne semblent aujourd'hui en mesure de s'imposer durablement face à la représentation syndicale. Ces associations jouent plutôt le rôle d'« aiguillons », qui obligent les syndicats à intégrer dans leur stratégie la défense des intérêts des sans-emploi.

Certains syndicats se sont efforcés de s'ouvrir et d'étendre leur action de représentation aux formes atypiques d'embauche, aux travailleurs indépendants – bien que, dans certains pays, les travailleurs indépendants adhèrent à des organisations patronales – et aux chômeurs. Certes, la réalité sociale est riche et complexe et comprend d'autres organisations de défense d'intérêts qui cependant n'interviennent pas dans les relations du travail et sont « moins représentatives », compte tenu de leur nombre d'adhérents, que les syndicats et les associations patronales. Autrement dit, ces autres organisations et associations ne participent pas à l'obtention du

consensus entre travailleurs et patronat bien que leur pression sur l'activité politique des États ait augmenté (et que ceux-ci puissent privilégier le dialogue avec ces nouveaux interlocuteurs). Le rôle des syndicats et des associations patronales dans l'élaboration des normes du travail demeure central et contribue au consensus social au sens le plus large du terme.

Le mouvement associatif patronal, pour sa part, continue de jouer un rôle décisif de représentation et de gestion des « biens communs » patronaux. L'apparition et le développement de nouvelles relations entre les entreprises et de petites entreprises provoquent certes des phénomènes de fuite ou de désertion des associations patronales. Mais, jusqu'à maintenant, aucun pays n'a vu apparaître de formules organisationnelles (clubs ou cercles de réflexion et d'opinion patronale, aussi influents soient-ils, Chambres, etc.), qui constituent une alternative réelle aux organisations patronales. Les syndicats patronaux, comme les syndicats de salariés, se trouvent du reste confortés par le droit du travail, qui dote certaines de leurs décisions d'un effet normatif vis-à-vis des employeurs non organisés (voir notamment les techniques d'extension et d'élargissement des conventions collectives) et leur attribue des fonctions représentatives très variées dans la sphère publique.

En résumé, les transformations actuelles des relations collectives mettent en évidence à la fois la continuité et la stabilité des sujets collectifs et la nécessité d'adapter leurs structures et leurs actions aux nouvelles exigences et à la diversité des situations professionnelles et de chômage.

Les perspectives d'évolution du système de représentation collective

Au terme de cette analyse, il faut écarter l'idée qu'une véritable révolution des modes de représentation collective soit possible ou souhaitable. En revanche, deux modèles d'adaptation des systèmes de représentation collective émergent face aux nouvelles formes d'organisation du travail. Le premier, qui est dominant en France ou en Allemagne, est celui d'un déplacement du pouvoir de représentation vers les élus des salariés dans les entreprises ; le second est celui qui domine aux Pays-Bas (et pourrait se développer au Royaume-Uni), d'un fusionnement et d'un regroupement des organisations syndicales et patronales. Ce regroupement permet la négociation au niveau central de pactes sécurité/flexibilité, qui sont ensuite déclinés au niveau des entreprises. Mais aucun de ces deux modèles ne peut véritablement

fonctionner seul. Des forces syndicales regroupées ont besoin de relais dans les entreprises, qui y donnent corps aux orientations adoptées au plan central. Et, à l'inverse, la représentation au niveau de l'entreprise doit pouvoir s'appuyer sur des organes de coordination à un niveau plus élevé. Il semble donc que chaque système de représentation soit appelé à combiner à des degrés divers l'un et l'autre de ces deux modèles. Le système britannique a longtemps compté sur des délégués syndicaux provenant de la base au sein d'une entreprise, négociant avec la direction au niveau de l'entreprise, mais pouvant cependant faire appel aux ressources d'un syndicat plus vaste, régional ou national, à des fins d'information, de formation, de représentation dans des négociations ou des conflits plus complexes, et de conseil juridique.

C'est à partir de ces constats que l'on peut essayer de dessiner les évolutions possibles du système de représentation collective. Cette démarche prospective relève d'abord et avant tout des organisations représentatives elles-mêmes ; nombre d'entre elles sont du reste déjà engagées dans une intense réflexion sur l'adaptation de leurs formes d'organisation et d'action à la nouvelle donne socio-économique[18]. La contribution des « experts » à cette réflexion est nécessairement limitée, car ils n'ont ni la légitimité, ni l'expérience pratique nécessaire. Le mieux qu'ils puissent faire est de suggérer des scénarios possibles d'évolution, de poser des questions dont les réponses leur échappent. Ces questions découlent directement des changements observés en matière de négociation collective. Il y en a principalement trois : représenter qui ? représenter pourquoi ? et représenter comment ?

Représenter qui ? Les sujets de la représentation

Fondamentalement, la réponse à cette première question demeure ce qu'elle était aux origines de la société industrielle. Les syndicats ou les élus des salariés ont en charge la représentation des intérêts des travailleurs, tandis que les organisations patronales ont en charge la représentation des intérêts des employeurs.

Le rappel de cette évidence permet d'écarter d'emblée quelques pistes parfois évoquées au sujet de l'avenir du syndicalisme. Tout d'abord l'idée selon laquelle les intérêts des uns et des autres seraient aujourd'hui spontanément convergents, et que l'on pourrait donc se passer d'un droit de la représentation collective et s'en tenir à un droit des relations individuelles du travail ; le dynamisme de la négociation collective est là pour nous assurer du contraire. Ou encore l'idée selon laquelle les syndicats devraient cesser de représenter les intérêts du travail en tant que

tels, pour se transformer en agences de service offrant à leurs membres des prestations de type commercial ou bien prendre en charge leurs intérêts en tant que locataires, citoyens ou consommateurs. Ce qui est vrai, c'est que certains aspects de la négociation collective (par exemple en matière de temps de travail : voir *supra* chapitre III) doivent faire place à la représentation d'intérêts autres que ceux des travailleurs et des entrepreneurs ; mais cette nécessité interdit justement de confondre purement et simplement ces intérêts avec ceux des employeurs ou des salariés.

Les vraies options sont donc ailleurs. Elles proviennent de la diversification des formes d'emploi et d'entreprise, diversification qui rend beaucoup plus complexe l'identification des « intérêts des travailleurs » ou des « intérêts des employeurs ». Dans un tel contexte, la véritable question est de savoir si les syndicats parviendront à continuer de représenter les intérêts de tous les travailleurs, et les associations patronales ceux de tous les employeurs.

Du côté des travailleurs, deux évolutions de la représentation collective sont envisageables. La première est qu'elle se concentre sur le noyau dur du monde du travail, c'est-à-dire sur la représentation des intérêts des travailleurs les plus qualifiés des entreprises les plus performantes. Plusieurs signes d'une évolution en ce sens peuvent être relevés ; la plupart des syndicats semblent éprouver de réelles difficultés à représenter les intérêts spécifiques des précaires, des femmes, des jeunes ou des chômeurs, ou bien ceux des salariés des entreprises sous-traitantes ou des travailleurs semi-indépendants. À l'entreprise centrée sur son métier principal correspondrait alors un syndicalisme centré sur les travailleurs principaux qui forment le noyau stable du personnel de ces entreprises. L'essor des institutions représentatives d'entreprise va dans ce sens, de même que la décentralisation de la négociation collective vers l'entreprise. La seconde évolution possible serait au contraire que les syndicats parviennent à épouser la diversification des formes d'emploi et à intégrer dans le champ de la représentation collective des travailleurs qui s'en trouvent aujourd'hui plus ou moins exclus.

Du côté des employeurs, la question se pose de savoir si l'essor des entreprises dépendantes, dans le cadre notamment de la sous-traitance ou de la prestation de services, n'appelle pas des formes spécifiques de représentation. Nous avons vu qu'existent déjà des expériences de conventions collectives entre entreprises donneuses d'ordre et entreprises exécutantes. Le développement de telles expériences irait évidemment

dans le sens de nouvelles formes de diversification de la représentation patronale.

Représenter pourquoi ? Les fonctions de la représentation

Cette seconde question est directement liée elle aussi aux évolutions observées dans le domaine de la négociation collective.

Celle-ci n'est plus cantonnée à la définition des termes de l'échange salarial, mais participe tout d'abord, selon des procédures variées et complexes, à la définition et à la mise en œuvre de la loi. Les organisations syndicales et patronales se voient de la sorte investies d'une mission d'intérêt général, ce qui ne va pas sans contradiction avec leur vocation première de défense des intérêts particuliers des travailleurs ou des employeurs. Ici encore, plusieurs scénarios sont envisageables. Certains syndicats ou organisations patronales peuvent vouloir se replier sur la seule défense des intérêts de leurs membres et renvoyer aux pouvoirs publics le soin d'accorder ces intérêts avec ceux de la société tout entière ; d'autres au contraire peuvent être tentés de se placer sur le terrain politique le plus large et revendiquer une sorte de prééminence de la négociation collective sur la délibération politique pour tout ce qui touche de près ou de loin les questions du travail et de la protection sociale. Entre ces deux attitudes existe une voie étroite, qui consisterait à dire que les organisations syndicales et patronales doivent tout à la fois défendre les intérêts particuliers de ceux qu'ils représentent et chercher à accorder ces intérêts particuliers avec l'intérêt général.

Une question semblable se pose s'agissant de la représentation des salariés au niveau de l'entreprise, qu'il s'agisse de représentation syndicale ou de représentation élective. L'essor de la négociation collective d'entreprise conduit les représentants des travailleurs à participer à la définition de l'intérêt de l'entreprise à un moment donné, et à peser sur certains choix de gestion. Ces choix peuvent avoir des effets sur des salariés étrangers à l'entreprise, ou bien affecter différemment les travailleurs permanents et les précaires. Par exemple, une entreprise peut chercher à négocier un accord élargissant le recours aux heures supplémentaires plutôt que d'embaucher, ou bien négocier un plan social qui préserve l'emploi dans l'entreprise au détriment de l'emploi chez les sous-traitants, ou bien encore décider une relocalisation de l'activité, qui va créer des emplois dans un lieu pour en supprimer dans un autre. Dans toutes ces hypothèses, la question se pose de savoir si la représentation collective des travailleurs a pour fonction de représenter les intérêts des travailleurs en général, ou bien seulement ceux de l'entreprise où a lieu la

négociation, ou même ceux des travailleurs permanents de cette entreprise au détriment des précaires. L'une des fonctions historiques des syndicats européens a été d'éviter que la concurrence des entreprises d'une même branche ne joue à la baisse des salaires (c'est la justification première de la négociation de branche). Là où cette fonction a été le mieux remplie (par exemple en Allemagne), elle a eu pour effet bénéfique d'orienter la compétition entre entreprises sur des enjeux de qualité et de compétitivité, et non sur la paupérisation des travailleurs. Mais le cadre de la branche dans lequel s'est affirmée cette fonction unificatrice des syndicats est aujourd'hui affaibli par les nouveaux modes d'organisation des entreprises, et notamment par la sous-traitance qui permet d'échapper aux disciplines conventionnelles de branche. Les entreprises peuvent donc ainsi jouer à la baisse une branche contre une autre.

Dans un tel contexte, une option s'ouvre aux syndicats : ou bien se transformer en syndicalisme d'entreprise, ou bien continuer de transcender l'appartenance d'entreprise dans l'exercice de leur mission représentative. Mais choisir cette seconde voie conduit à se poser une dernière question : celle de l'organisation et des modes de fonctionnement des syndicats.

Représenter comment ? L'organisation de la représentation

Par l'effet de mimétisme souligné au début de ce chapitre, les syndicats ont calqué leur organisation sur celle des employeurs. Le passage d'un syndicalisme de métier à un syndicalisme d'industrie avait déjà représenté un tournant important dans l'histoire du syndicalisme, qui s'alignait ainsi sur le modèle fordiste d'organisation par branches d'activités, branches dont les contours varient du reste considérablement d'un pays européen à l'autre. Les organisations syndicales comme les organisations patronales se sont principalement organisées en Europe dans le cadre des branches professionnelles où se déroulait l'essentiel de la négociation collective. Ont ainsi été marginalisés non seulement les syndicats de métiers, mais aussi les formes territoriales de représentation (les « Bourses du travail ») qui avaient joué un rôle important aux origines du syndicalisme. C'est donc la fédération d'industrie qui a constitué, et continue de constituer, l'armature du syndicalisme, le regroupement interprofessionnel prenant la forme d'unions de fédérations (confédérations).

Malgré cette isomorphie, il y a cependant une grande différence organisationnelle entre la représentation des travailleurs et celle des employeurs. Du côté patronal, le vrai pouvoir est en bas, dans les entreprises qui détiennent la réalité du pouvoir économique, et conçoivent donc la représentation collective sur le modèle du mandat en droit civil : le

représentant est alors un véritable mandataire qui ne peut excéder les bornes du pouvoir qui lui est concédé par son mandant. Du côté salarial, la « base » n'a pas de pouvoir propre ni d'autonomie de décision dans le champ économique, si ce n'est sous la forme de « grèves sauvages », dont la licéité n'est d'ailleurs pas toujours ni partout reconnue. C'est donc le représentant, plus que les représentés, qui possède alors la réalité du pouvoir au sein de l'organisation.

La branche d'activité constitue toujours le principal cadre d'organisation de la représentation collective. Mais ce cadre se trouve menacé par l'éclatement des instances de la négociation collective que nous avons observé par ailleurs (voir *supra*). En premier lieu, le mouvement de décentralisation de la négociation collective déplace vers l'entreprise le centre de gravité de la représentation collective : les institutions élues du personnel ou les délégués syndicaux d'entreprise y gagnent évidemment en autonomie vis-à-vis des fédérations de branche. En second lieu, les unités émergentes de négociation, qu'il s'agisse du territoire, du groupe ou du réseau d'entreprise, ou bien du niveau communautaire, ne pourront se développer sans remise en cause du rôle des fédérations de branche dans l'organisation syndicale.

La situation actuelle est en effet celle où, par la sous-traitance ou la filialisation, les entreprises peuvent s'évader du cadre des branches et diversifier en quelque sorte leurs interlocuteurs et leurs conventions collectives, en privilégiant bien sûr les solutions socialement les moins contraignantes. Tandis qu'à l'inverse les syndicats continuent d'être attachés au cadre des branches et ne peuvent donc épouser les formes nouvelles d'organisation du capital. La branche professionnelle est donc comme une cage de fer où est enfermée la représentation des travailleurs, mais dont la porte est ouverte pour les employeurs. Pour ouvrir également cette porte aux syndicats, il faudrait favoriser le développement de ces unités pertinentes de négociations que sont le groupe, le réseau d'entreprise ou le territoire. On pourrait imaginer de permettre, à titre expérimental et en prenant les précautions juridiques appropriées, la conclusion à ces différents niveaux d'accords qui pourraient déroger aux conventions de branche. Cela favoriserait évidemment une organisation de la représentation qui transcenderait à la fois l'appartenance de branche et l'appartenance d'entreprise. La seule alternative à cette évolution semble bien être en effet un appauvrissement progressif de la représentation syndicale de branche au profit exclusif des institutions représentatives dans l'entreprise, syndicales ou non syndicales.

De telles évolutions ne signifieraient pas la disparition, mais bien plutôt la transformation du rôle des instances syndicales centralisées. Au lieu de jouer le rôle de centre de décision, elles auraient en charge la coordination des revendications, des actions et des négociations conduites dans les entreprises ou dans les unités émergentes de négociation (réseau, groupes, territoires).

Notre étude vient confirmer la nécessité de ce développement. Même si les organisations syndicales nationales et européennes représentant les intérêts des travailleurs et des employeurs demeurent indispensables, des accords entre ces organisations ne suffiront plus à garantir un équilibre suffisant entre les intérêts du patronat et des travailleurs. Il est, en outre, nécessaire d'aborder, selon le droit européen, la question de la représentation du travailleur au sein de l'entreprise à deux niveaux distincts : tout d'abord, en formulant des conditions générales applicables aux entreprises d'un État membre, puis au moyen de directives plus larges applicables aux entreprises opérant de façon transfrontalière. La directive sur le comité d'entreprise européen, ainsi que les différents cadres juridiques nationaux mettant en œuvre cette directive, viennent renforcer l'idée de ce qu'un dialogue social européen peut être transféré du niveau central jusqu'au niveau de l'entreprise. Cette directive a aussi contribué à résoudre des problèmes liés à l'implication des travailleurs dans l'entreprise européenne, si longue à mettre en train. Ce développement mérite d'être encouragé car il permet une combinaison au niveau européen de l'idée d'un dialogue social au sein des entreprises et de la nécessaire prise en compte de la dimension nationale.

Chapitre V

Travail et pouvoirs publics : le rôle des États

Introduction

Il n'est pas, dans la tradition occidentale, d'ordre social durable sans des lois et des institutions où la société soit susceptible de se reconnaître. L'invention de l'État au Moyen Âge, puis celle de l'État-providence depuis un siècle, ont ainsi donné à l'Occident un horizon institutionnel auquel se référer. C'est cet horizon qui vient aujourd'hui à manquer, sans que l'on sache encore si l'on a affaire à une nouvelle métamorphose de l'État ou bien si ce dernier est appelé à céder la place à d'autres références où puisse se nouer le lien social.

Depuis que le modèle de l'État nation s'est imposé (au moins formellement) dans le monde entier, c'est dans le cadre de ces États que s'est construit ce qu'on peut appeler l'état social des personnes. Les principaux piliers de cette construction – droit du travail, Sécurité sociale et services publics – reposent tous trois sur le socle des institutions nationales. Or, à l'évidence, cette place fondatrice de l'État est aujourd'hui remise en cause par le double mouvement d'internationalisation et de régionalisation. Ce déclin de la capacité des institutions nationales à assurer aux peuples des conditions vivables d'existence est rendu manifeste par la foule croissante de ces nouveaux îlotes que constituent les sans-emploi ou les *working poors*. Et il s'accompagne d'une montée de la misère, de la violence et du désespoir, partout visibles et d'abord dans le cœur même de l'économie de marché que sont les grands centres urbains des pays les plus riches.

La « question sociale » fait ainsi retour, sous des formes inédites qui demeurent juridiquement informulées. Car le « social » est une notion sans consistance théorique, qui n'a d'autre fonction que d'entretenir une fallacieuse opposition avec l'« économique ». Tout contrat, et en particulier tout contrat de travail, est indissolublement un lien économique et un lien social. Et les contrats ne prennent sens juridique que référés à l'État, garant de leur licéité et de leur force obligatoire.

La loi et l'État ne sont donc séparés ni des forces économiques ni de la vie sociale. Ils les influencent et sont influencés par elles. Les lois qui ne prennent pas en compte les circonstances économiques et sociales deviennent inapplicables. Et réciproquement, dans le monde contemporain, l'État fixe un cadre juridique sans lequel un ordre socio-économique ne saurait exister. Dans tout pays, les interactions entre l'État, l'économie et la société sont complexes et reflètent l'histoire et les traditions culturelles ainsi que les divisions politiques traditionnelles. La légitimité de l'État a des bases historiques différentes selon les pays, bases qui déterminent des attentes économiques et sociales différentes à son égard. C'est cette diversité culturelle et historique qui parfois rend si difficile au niveau européen l'encadrement juridique du marché du travail. La compréhension du marché du travail doit se fonder sur l'interaction entre l'État, l'économie et la société et tenir compte de cette diversité des cultures juridiques.

Il y a une acceptation universelle en Europe du fait que l'État moderne a des responsabilités fondamentales qui fondent sa légitimité. Ces responsabilités sont la promotion de la loi et de l'ordre, la sécurité des personnes et des biens, la protection de la propriété, le soutien des libertés individuelles et collectives, le maintien d'un cadre économique et monétaire approprié. Il est aussi largement (mais peut-être pas universellement) admis que l'État a la responsabilité de promouvoir la cohésion sociale et de concourir au bien-être du peuple. Toutefois, les aspirations des individus et des groupes sont devenues plus diverses et cela a entraîné de nouveaux défis pour les gouvernements, et a également provoqué une remise en question du rôle assigné à l'État.

Il faut souligner les limites de l'opposition fréquemment opérée entre deux grands types de conception du rôle de l'État : celle de l'État minimal (ou État-gendarme), et celle de l'État protecteur (dit aussi « État social » ou « État-providence »). Tous les États membres de l'Union européenne combinent en effet ces deux conceptions, qui ne se contredisent pas nécessairement, et se sont efforcés de garantir à leurs citoyens à la fois la liberté et la sécurité. Ainsi, dans la plupart des pays, l'État tire son autorité de sa capacité à protéger les plus faibles. Une partie des problèmes actuels

vient de ce que, ne parvenant plus à assurer cette protection, il perd son autorité.

La manière dont cette conciliation de la liberté et de la sécurité s'est opérée a beaucoup varié d'un pays à un autre[1].

C'est en Grande-Bretagne que la notion d'État social a le mieux mérité son nom dans la mesure où, dans la tradition héritée de Beveridge, l'État y a directement pris en charge la mise en œuvre d'un certain nombre de droits sociaux fondamentaux (et cela reste vrai aujourd'hui dans le domaine de la santé), tandis que les autres collectivités publiques y ont développé ce qu'on a pu appeler le « socialisme municipal ». Dans le domaine du droit du travail, en revanche, a prévalu un système qu'Otto Kahn Freund a pu caractériser comme « volontariste » et « abstentionniste », c'est-à-dire reposant sur un « *collective bargaining* » dépourvu de sanction juridique directe. L'alliance du gouvernement et du patronat a entraîné durant les vingt dernières années un déclin de ce système de *collective bargaining* et plus généralement une remise en cause de ce modèle d'État social.

En Allemagne, au contraire, après l'effondrement de 1945, l'État n'a pas joué le rôle de premier plan dans un système d'économie sociale de marché fondée sur un idéal coopératif de « *Mitbestimmung* ». Ce sont les professions organisées qui exercent les principales responsabilités sur le marché du travail et, jusqu'à une date très récente, les tentatives de l'État d'imposer ses solutions ont été vouées à l'échec. Les économistes allemands ont eux aussi théorisé ce modèle d'économie sociale de marché (théorie dite de l'ordolibéralisme, qui analyse les relations économiques à la lumière des ordres institutionnels locaux et de l'ordre global au sein desquels elles se développent). Il ne faudrait pas cependant sous-estimer l'importance du rôle de l'État dans ce « modèle rhénan ». De nombreuses lois y réglementent le marché du travail : en matière de licenciements *(Kündigungsschutzgesetz)*, de maintien du salaire en cas de maladie *(Entgeltfortzahlungsgesetz)*, de promotion de l'emploi *(Beschäftigungsförderungsgesetz)*, ou d'organisation du travail dans les entreprises *(Betriebsverfassungsgesetz)*. Bien qu'il n'y ait pas de salaire minimum légal, cette réglementation a une influence indirecte sur le niveau de salaires. Puisque les conditions de travail importantes sont réglées par la loi, les syndicats ouvriers peuvent se concentrer entièrement sur l'augmentation des salaires et la réduction du temps de travail. En outre, le niveau des salaires est soutenu par le montant et la durée des allocations de chômage.

Le modèle français est encore différent. La théorie de l'État y a été profondément rénovée au début de ce siècle par la jurisprudence du Conseil d'État et l'œuvre de juristes comme Duguit ou Hauriou, qui ont opéré un renversement de la perspective de l'État minimal. Alors que ce dernier se présente comme puissance que les individus doivent servir, l'État social est au contraire conçu comme une force au service des individus (d'où la place majeure de la théorie du « service public » dans cette construction). Dans le domaine des relations du travail, l'État est intervenu pour imposer un « ordre public social » qui rétablisse l'équilibre des parties au contrat de travail ou à la convention collective. Dans cette construction, l'État apparaît d'abord comme le garant du respect du principe d'égalité entre citoyens.

La question diffuse dans le débat politico-juridique n'est donc plus celle du XIXe siècle (choix entre intervention et laisser-faire), mais celle de la capacité de l'État à continuer d'assurer la cohésion sociale dans le monde d'aujourd'hui. Aborder cette question suppose de comprendre les transformations qui affectent aujourd'hui le rôle de l'État avant de s'interroger de façon prospective sur la manière dont ce rôle est susceptible d'évoluer dans les années qui viennent.

Les transformations du rôle de l'État

Les facteurs de transformation

Il ne saurait être question de procéder ici à une analyse exhaustive des facteurs de transformation du rôle de l'État en Europe. On en retiendra deux qui intéressent tout particulièrement le droit du travail et de la Sécurité sociale.

L'individualisation

On observe dans tous les pays de l'Union européenne un mouvement de retrait de l'État au niveau national. La vitesse à laquelle ce retrait a lieu varie selon les pays, mais le glissement de responsabilités est général, de l'État vers l'individu, l'entreprise ou des organisations intermédiaires. Ce mouvement est dû en partie à la réémergence de l'idée que les individus ont des responsabilités aussi bien que des droits.

Ce glissement est en partie dû au désir croissant des citoyens de prendre un plus grand contrôle de leur propre vie. Certains des développements sociaux les plus importants de la dernière génération, comme la montée du mouvement féministe, ont été fondés sur l'idée de liberté de choix et d'égalité des chances pour tous. D'autre part, les aspirations et les attentes des citoyens et des consommateurs se sont considérablement diversifiées. Cela a été facilité par des changements technologiques qui ont rendu possible la production en petites séries et l'évolution rapide des spécifications des produits.

Par exemple, le temps où l'on pouvait acheter n'importe quelle voiture neuve pourvu qu'elle fût noire est révolu. L'automobiliste d'aujourd'hui est invité à choisir non seulement la couleur de la carrosserie, mais aussi la motorisation de sa voiture, la couleur des sièges, la climatisation, ou le type exact d'équipement audiophonique. La voiture sera alors probablement fabriquée sur commande par l'usine et fournie en trois semaines.

À l'instar du consommateur, le citoyen ne se satisfait plus d'un État et de services publics qui ne prendraient pas en compte la spécificité de ses besoins et aspirations.

Plus généralement, la capacité de l'État de contrôler et non pas seulement d'influencer le cours de la société s'est révélée beaucoup plus limitée qu'on ne le pensait encore après guerre. Ainsi, jusqu'aux années soixante-dix, les États se voyaient attribuer à la fois la capacité et la responsabilité de soutenir la demande dans l'économie. L'approche actuelle consiste au contraire à considérer que l'État ne peut pas contrôler les marchés intérieurs, et qu'il doit plutôt assurer les conditions propres à une adaptation de l'économie aux changements structurels ou conjoncturels (par exemple en assurant l'accès à l'éducation et à la formation ou en faisant respecter la concurrence).

Dans le domaine du travail, il y a consensus pour admettre que relèvent des missions de l'État la prohibition des discriminations et la garantie de la santé et de la sécurité au travail. Au-delà de ces questions, le débat sur le rôle de l'État est plus ouvert (voir *infra*).

L'intégration européenne[2]

L'Union européenne connaît deux évolutions majeures qui devraient entraîner des changements radicaux. Il s'agit d'une part de la progression vers l'Union économique et monétaire (UEM), pilier central du traité de Maastricht, et d'autre part de l'élargissement à de nouveaux pays qui devrait intervenir lors de la troisième phase de l'UEM. Ces deux mouvements doivent être maîtrisés afin que le chemin de l'élargissement ne conduise pas à un morcellement de l'Europe. La maîtrise de ces développements, la gestion de l'imprévisible, le maintien d'une dynamique d'intégration supposent par ailleurs qu'une véritable réforme institutionnelle soit entreprise au niveau de l'Union.

Concernant le fonctionnement des marchés du travail, le traité d'Amsterdam a ouvert la voie à de nouvelles actions qui trouvent déjà leur traduction politique dans « les lignes directrices sur l'emploi » adoptées par le Conseil de Luxembourg du 15 décembre 1997.

Cette nouvelle stratégie pour l'emploi repose sur quatre « piliers » qui sont :

– l'« employabilité », qui donne priorité à l'investissement dans les ressources humaines, à l'amélioration des compétences et des capacités professionnelles dans la lutte contre le chômage, en particulier des jeunes. Des objectifs quantifiés sont prévus, équivalents aux critères de convergence économique ;

– l'esprit d'entreprise, axé sur le besoin de favoriser l'esprit d'initiative et la création d'entreprises, par des mesures sociales, fiscales et administratives appropriées ;

– l'adaptabilité, qui vise à des ajustements du cadre institutionnel et juridique à l'organisation du travail et aux nouvelles formes d'emploi. Les partenaires sociaux, au niveau national ou communautaire, sont invités à jouer un rôle majeur dans la mise en place d'un tel cadre et à participer activement à sa mise en œuvre. La Commission européenne a souvent souligné que cette approche rompait avec le vieux débat réglementation/déréglementation en ce qu'elle vise à concilier flexibilité et sécurité des travailleurs. Il s'agit d'une approche globale qui s'inscrit dans le long terme ;

– l'égalité des chances qui devrait être intégrée dans chacun des objectifs précédents. La correction des inégalités et en particulier la réduction du taux de chômage des femmes par rapport aux hommes n'est pas seulement une question de justice sociale ; elle correspond aussi à une nécessité économique si l'on tient compte de la diminution de la population active durant les prochaines années qui devrait, en contrepartie, favoriser l'entrée d'un nombre croissant de femmes sur le marché du travail.

Tous les États membres ont mis en œuvre ces lignes directrices dans des Plans d'action nationaux pour l'emploi qu'ils ont adressés à la Commission européenne le 15 avril 1998. La Commission a adopté en mai 1998 une communication qui fait un premier bilan des résultats. Un programme de

convergence sociale est désormais mis en place : intégration économique et intégration sociale sont liées par le traité d'Amsterdam.

Le passage à l'UEM qui vient couronner la réalisation du marché unique peut être un puissant facteur d'intégration. C'est un acte capital, certains y voient même le prélude à une intégration politique, un pas franchi vers l'Union politique. La monnaie unique engage en effet le futur de l'Europe et l'avenir des citoyens. Ceux-ci doivent être en mesure de connaître les potentiels et les conséquences de ce choix fondamental en faveur de l'euro : une telle visibilité est nécessaire pour développer une relation directe entre l'Union européenne et la société civile, et pour dissiper les craintes qui s'expriment aujourd'hui dans les opinions publiques. Le risque est grand en effet de voir se répandre, spécialement dans le monde du travail, le sentiment que l'Union européenne n'est qu'une machine économique et monétaire, réglée sur une logique capitalistique et destructrice des cadres nationaux de la cohésion sociale. Le « social », tout particulièrement, l'emploi et les droits sociaux doivent donc être placés au centre de l'Union.

Parmi les questions en suspens, celles ayant trait aux conséquences sociales de la monnaie unique, et principalement celles concernant l'emploi, sont aujourd'hui prioritaires. L'opinion des économistes sur les conséquences de l'union monétaire en ce domaine est partagée. D'un côté, la mise en place de l'euro peut offrir un nouveau cadre de stabilité permettant de faire face à des chocs macro-économiques et d'éviter la spéculation, à l'exemple de la crise financière asiatique à la fin de l'année 1997. Cet environnement économique stable permettrait une croissance plus saine, un développement des investissements débouchant sur de nouvelles capacités productives et favoriserait la création d'emplois. Mais, d'un autre côté, la monnaie unique fait courir le risque d'un accroissement de la concurrence sur la base d'une réduction des coûts du travail et fiscaux. Ce risque est d'autant plus grand que la transparence des prix créée par la monnaie unique facilitera la comparaison. De telles pratiques pourraient conduire à une remise en cause de la cohésion sociale et saper la dynamique de l'intégration européenne. Ce danger procéderait surtout du fait qu'en Union monétaire un État membre ne pourra plus utiliser la dévaluation pour procéder à des ajustements nécessaires ; il ne pourra pas non plus compter sur la mobilité des travailleurs comme aux États-Unis, ni sur le budget communautaire qui n'est pas celui d'un État fédéral ; le risque est alors que la flexibilisation, principalement des salaires, demeure le seul facteur d'ajustement. Dans ce contexte où la négociation collective a un rôle important, les syndicats pourraient être soumis à de fortes pressions.

Face à ces interrogations et ces graves incertitudes, nous considérons qu'il serait important que la Commission européenne lance rapidement une étude afin de bien évaluer les incidences sociales de la monnaie unique sur les conventions collectives, en particulier sur la négociation salariale.

L'euro devrait conduire aussi à une accélération des mouvements du capital dans le marché unique dont les premiers signes sont aujourd'hui visibles. Sur les marchés de capitaux, une culture de l'actionnariat, traditionnellement anglo-saxonne, tend à se développer à l'échelle européenne. Les sociétés sont de plus en plus attentives aux attentes des actionnaires et un intérêt grandissant est porté à la participation financière des travailleurs dans les entreprises. En supprimant les risques d'investissement à l'intérieur de l'Union, le passage à la monnaie unique favorisera les investissements transnationaux et l'accélération des mouvements de capitaux qui ne dépendront plus des divergences entre les politiques monétaires mais se consacreront exclusivement à la recherche de l'efficacité dans la zone euro. Il y a lieu de penser que les fonds de pension et d'assurances saisiront de plus en plus les nouvelles possibilités que leur donne le marché unique pour investir dans le capital de sociétés étrangères comme le font aujourd'hui les fonds de pension américains. Ces phénomènes déjà visibles nécessiteraient eux aussi d'être étudiés plus amplement, dans la mesure où ils donneront lieu à des prises de contrôle dans les sociétés et peuvent avoir des incidences sur l'emploi.

La création de l'euro devrait enfin favoriser la mise en place d'un statut de société européenne qui reste essentiel pour la réalisation de ce grand marché. Grâce à un tel statut, les entreprises établies dans plus d'un État membre pourraient exercer leur activité à travers toute la Communauté dans le cadre d'une unique société européenne soumise à un seul corps de règles avec une seule direction centrale, sans avoir à mettre en place un réseau complexe de filiales régies par des lois nationales différentes. La société européenne favorisera de nouvelles restructurations dont les conséquences éventuelles sur l'emploi doivent pouvoir être anticipées. Plus généralement, un statut de société européenne ne peut ignorer le sort des travailleurs. Pour cette raison, la proposition de règlement s'accompagne d'une proposition de directive visant à organiser l'information, la consultation et/ou la participation de travailleurs dans la société européenne, et à reconnaître leur place et leur rôle dans l'entreprise. Toutes les formes de restructuration des entreprises par-dessus les frontières (fusions, *joint-ventures*, prises de contrôle, groupes d'entreprises) qui peuvent affecter l'emploi appellent un cadre juridique qui oblige à la prise en considération des intérêts des travailleurs. Ce qui suppose que le droit

des relations collectives de travail s'adapte rapidement aux nouvelles géométries du capital.

Ce débat sur la société européenne montre bien comment les aspects sociaux, économiques et monétaires sont étroitement liés et nécessitent d'être traités de manière globale. Toute décision économique au niveau européen devrait procéder de cette démarche visant à maîtriser les conséquences sociales de la décision. Cela d'autant plus que les États membres pris individuellement ne sont pas toujours à même de trouver des réponses nationales aux problèmes qui peuvent naître de décisions prises au niveau européen et ayant des implications transnationales. Il n'est pas concevable, par exemple, de procéder à la libéralisation des services dans tel ou tel secteur sans faire précéder celle-ci d'une analyse en termes d'impact sur l'emploi dans l'Union ou sur les droits des travailleurs et sans l'accompagner, le cas échéant, d'une politique sociale appropriée. Le niveau européen est souvent le niveau approprié pour résoudre des questions nécessitant un traitement social transnational, l'exemple de la directive sur les « comités d'entreprise européens », de la directive sur le « détachement des travailleurs », les projets de directives sur les fusions transnationales (dixième directive), la création de la société européenne sont là pour l'illustrer.

Certaines décisions économiques prises au niveau communautaire peuvent avoir des répercussions sociales dans un État membre seulement ; c'est le cas par exemple des décisions de la Commission en matière d'aides d'État. Nous considérons que les partenaires sociaux au niveau national et communautaire devraient être mieux associés aux procédures qui aboutissent à de telles décisions pouvant avoir un impact sur l'emploi. La question de l'intérêt à agir des représentants des travailleurs devant la Cour de justice des Communautés européennes dans le cas où ceux-ci contesteraient une décision de la Commission en matière de concurrence devrait faire l'objet d'un examen approfondi.

Les missions qui incombent ainsi aux instances communautaires doivent être définies dans le respect du principe de subsidiarité. On a généralement tendance à envisager la subsidiarité sur un mode pyramidal et hiérarchisé. Mais l'émergence du plan communautaire ne devrait pas être analysée sur ce mode, puisque la souveraineté des États membres n'est pas, par principe, soumise à l'autorité de l'Union. La subsidiarité désigne un impératif de distribution des sources du droit au niveau normatif le plus approprié, c'est-à-dire qu'elle implique une délibération constante de ce qu'est le niveau le plus approprié. Dès lors que ce niveau n'est pas celui de

l'Union, la subsidiarité emporte diversification et différenciation des règles de droit. Cela vaut aussi bien pour la subsidiarité dite « verticale » (entre l'Union et les États membres) que pour la subsidiarité dite « horizontale » entre la loi et la convention collective[3]. Cela signifie en pratique que les négociations collectives deviennent un pouvoir juridique. Dans certains cas, les résultats seront meilleurs, mais dans d'autres ils seront inévitablement pires. Il n'y a pour l'instant aucun consensus sur cette question, et il existe peu d'analyses des risques inhérents à ce type de transfert de responsabilités en direction de la sphère privée.

La question clef dans le domaine du travail est donc de savoir si les partenaires sociaux sont susceptibles de jouer le rôle que l'État a traditionnellement joué dans de nombreux pays dans le domaine de la réglementation du marché du travail. Jusqu'à quel point l'État est-il indispensable pour agir en tant qu'intermédiaire entre les partenaires sociaux, ou entre les entreprises et le marché ?

La protection des droits sociaux

Les droits sociaux universels

L'égalité entre citoyens

L'une des fonctions communément acceptées de l'État est de faire respecter le principe d'égalité entre citoyens et, plus spécialement, de lutter contre la discrimination dans le travail. En France, en Italie et en Espagne, il y a une prohibition juridique générale contre la discrimination dans des domaines très variés. En France, par exemple, cela inclut notamment l'origine, les mœurs, les opinions politiques et la situation de famille. En Espagne, cela inclut « l'opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ». Par ailleurs, dans tous les pays de l'Union européenne, la loi prohibe la discrimination contre les femmes (et généralement contre les hommes aussi). Ces lois visent également les discriminations fondées sur la situation de famille, sauf au Royaume-Uni, où la discrimination est interdite contre les personnes mariées, mais non contre les personnes célibataires, veuves ou divorcées. En général, ces lois contre la discrimination selon le sexe transposent les dispositions de l'article 119 du traité de Rome, et sont par conséquent raisonnablement uniformes.

En Belgique, la loi du 4 août 1978, transposant la directive européenne du 9 février 1976, garantit une égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle concerne l'accès à l'emploi, l'accès à la formation, les conditions de travail et de licenciement. Il faut noter que cette loi permet à toute

personne lésée d'introduire un recours, *de même qu'aux organisations représentatives des travailleurs.* En outre, signalons le fait qu'elle attribue au juge un pouvoir d'injonction : le juge peut obliger l'employeur à mettre fin à la situation discriminatoire sous peine de sanctions pénales.

Il existe une législation spécifique empêchant la discrimination pour des raisons de race ou d'origine ethnique en France, en Suède, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Allemagne. La législation qui couvre les autres formes de discrimination est plus rare. La Suède, les Pays-Bas et l'Allemagne couvrent la religion. L'Allemagne et la France couvrent l'âge (cette dernière dans les annonces publicitaires). La Suède, l'Allemagne, la France, l'Espagne et le Royaume-Uni couvrent le handicap.

Dans la plupart des pays, il reste un écart entre la prohibition légale de la discrimination, et les véritables résultats pour les groupes traditionnellement défavorisés. La preuve juridique de la discrimination tend à être difficile à obtenir.

L'accès aux services d'intérêt général

Assurer continûment et également à tous les citoyens un certain nombre de services considérés comme essentiels accroît les droits des individus tout en les rendant solidaires. Bien qu'elle se retrouve sous des formes différentes dans tous les pays[4], c'est en France que la théorie du service public a connu ses développements les plus remarquables. Son lien avec l'emploi est aussi fort que méconnu : la configuration du marché du travail varie selon que l'on considère par exemple que la formation professionnelle relève principalement du service public, c'est-à-dire de l'État, comme en France, ou bien des entreprises comme en Allemagne, ou du marché comme au Royaume-Uni. Envisager ou non la formation professionnelle comme un droit, c'est promouvoir ou non le principe d'égalité des chances sur le marché du travail (tout dépend ensuite du contenu concret attaché à la reconnaissance de ce droit). De même, le fait d'envisager ou non l'énergie, la santé, les transports, la garde des enfants comme des biens collectifs influe profondément sur la physionomie du marché du travail et sur la condition des travailleurs.

C'est donc la notion même de service public qui diffère d'un pays à l'autre. Ainsi, par exemple, l'accès au système de soins est conçu comme un service public au Royaume-Uni ou en Italie, mais comme une assurance sociale en France ou en Allemagne. Il n'existe pas en effet de service public par nature, car on ne conçoit guère de service qui ne puisse être rendu moyennant finance dans une logique marchande. Le service public est donc toujours une construction institutionnelle assise sur le choix des services qui seront continûment et également accessibles à tous. Ces choix

peuvent dépendre de considérations techniques (inscription territoriale des réseaux techniques, par exemple, mais l'argument vaut autant pour les autoroutes que pour le rail ou les lignes électriques) ou économiques (réduction des coûts de transaction ; prohibition des monopoles de fait), mais il s'agit toujours en fin de compte de choix de valeurs, qui identifient l'État et participent de la définition de la citoyenneté. Ces choix impliquent certainement une compensation des coûts correspondant à l'universalité, à la continuité et à l'égalité du service rendu, et donc une limitation du jeu de la concurrence. Ils impliquent aussi des effets redistributifs, qui mériteraient d'être évalués pour prendre une vue exacte de leur signification sociale. Mais ces choix n'ayant pas de valeur universelle sont évidemment vulnérables à l'ouverture internationale.

On aurait pu s'attendre à ce que la notion de « service d'intérêt économique général » qui figure à l'article 90 du traité de Rome soit le lieu d'une tentative de définition d'un intérêt général communautaire, qui aurait pu en retour contribuer à cimenter l'Union européenne. Mais c'est un critère organique (tiré de la nature juridique du prestataire) et non pas matériel (tiré de la nature du service rendu) qui a prévalu dans la définition de ces services, si bien que l'article 90 est devenu le conservatoire des conceptions nationales de l'intérêt général, au lieu d'être le siège d'une réflexion dynamique sur la notion d'intérêt général européen.

On observe également des différences d'approche quant à la gestion des services publics : services assurés directement par l'État (État gérant) ou bien services assurés par des organes privés ou mixtes, soumis au respect de règles fixées par l'État pour garantir un accès égal de tous les citoyens à ces services (État garant). En France, en Allemagne et en Belgique, il existe une longue tradition selon laquelle l'État fixe les critères pour soutenir et garantir un système de prestations basé sur des organisations mixtes, des instances paritaires réunissant les partenaires sociaux ou des contrôles démocratiques locaux.

Ainsi, en France, de nombreux services publics n'ont pas été gérés directement par l'État et ses fonctionnaires, mais par des entreprises publiques dont le personnel est dans une situation hybride : titulaires d'un contrat de travail de droit privé, leur statut collectif est cependant défini par un règlement public (d'où le nom d'entreprises à statut) et non par des conventions collectives.

Dans tous les pays européens, on observe un mouvement de retrait de l'État dans l'organisation des services économiques d'intérêt général. Parti d'Angleterre, ce mouvement a gagné progressivement le continent, où il a revêtu cependant des formes très diverses. La tendance la plus générale a été de faire sortir les services d'intérêt économique général du giron de l'Administration publique, pour en confier la gestion à des entités

juridiques autonomes, publiques ou privées. L'objectif a été partout de concevoir des structures juridiques adaptées à l'ouverture de la concurrence, et donc à l'internationalisation, à la décentralisation et à la contractualisation des rapports avec les usagers, davantage perçus aujourd'hui comme des clients.

Ainsi, dans le cas de la poste, une étude récente (Torlenado, 1995) montre que, sur quinze entreprises des pays étudiés, sept avaient encore le statut d'administration publique en 1990, et plus aucune en 1996. Exemples de gestions confiées à des entités autonomes de droit public : la transformation en 1988 des Statens Jarnvagar (chemins de fer) suédois ou, en 1986, des Ferrovie dello Stato italiens, ou encore des postes allemandes (1994) en entreprises publiques. Dans le cas de transfert à des entités privées, la privatisation peut être seulement juridique (société commerciale ayant l'État pour unique actionnaire : voir la création en 1994 de la Deutsche Bundesbahn AG, société anonyme détenue par l'État en Allemagne, comme Vatenfall en Suède dans le domaine de l'électricité depuis 1992), ou également économique (privatisation du capital : voir par ex. en Grande-Bretagne le cas de l'électricité depuis 1990, des télécommunications depuis 1984). Un cas limite est celui de l'éclatement en 1994 des chemins de fer britanniques en vingt-cinq Train Operating Units coiffées par le British Railways Board. La décentralisation existe de longue date dans certains secteurs, comme celui de l'électricité en Allemagne, où elle se trouve liée à la structure fédérale de l'État.

Mais nulle part ce mouvement ne s'est traduit par une totale privatisation, laquelle signifierait un alignement pur et simple des services d'intérêt général sur le droit commercial. Là même où ces réformes ont été conduites avec le plus de vigueur, par exemple en Grande-Bretagne, l'État ne s'est nullement retiré de la scène et continue d'apparaître comme le garant ultime de la satisfaction de l'intérêt général[5]. C'est le sens de la mise en place d'autorités « régulatrices », chargées de veiller à cette satisfaction. C'est le cas par exemple de l'Eisenbahnbundesamt dans la récente réforme des chemins de fer allemands, ou du Rail Regulator britannique, ou de Svendska Kraftnät dans la réforme de l'électricité en Suède, ou de l'Office of the Electricity Regulator en Grande-Bretagne dans ce même secteur…

Plutôt que de privatisation, c'est bien d'autonomisation qu'il faut parler : le service d'intérêt économique général s'autonomise de la puissance publique, sans se confondre avec le service de puissances privées.

Cette évolution n'est pas sans évoquer la sous-traitance (*outsourcing*) pratiquée dans le secteur privé par les entreprises. Cependant, il existe divers modèles de sous-traitance, selon que le sous-traitant est traité comme un partenaire lié au donneur d'ordre par une convention de coopération à long terme ou bien, au contraire, comme un fournisseur entièrement indépendant et responsable. Le développement de la sous-traitance des services publics ne s'est encore installé dans aucun de ces deux schémas. Toutefois, certaines expériences négatives de privatisation

montrent les risques d'une approche exclusivement basée sur la logique client/fournisseur.

L'un des aspects les plus remarquables de cette évolution sur le plan juridique est la contractualisation des relations entre l'État, les prestataires de services publics ou les bénéficiaires de ces services. D'un système réglementaire et hiérarchisé, on passe à un système conventionnel et égalitaire, avec tous les effets qui se trouvent liés à pareille évolution, notamment en termes de diversification et d'hétérogénéisation des situations juridiques.

Cela conduit certains à considérer que l'État doit être traité comme un contractant comme un autre, qui n'a pas plus de droits que les partenaires avec lesquels il contracte. Cette analyse peut être admise lorsque l'État agit pour défendre ses intérêts particuliers de personne morale (par exemple pour gérer son patrimoine). En revanche, lorsqu'il agit en représentation de l'intérêt général, il ne peut être mis exactement sur le même plan que celui des intérêts particuliers avec lesquels il négocie, sauf à disparaître en tant qu'État. Et c'est toute la difficulté de la contractualisation des services publics que d'avoir à maintenir une hiérarchisation des intérêts publics et privés, dans un cadre juridique qui traite tous les intérêts sur un pied d'égalité. Dans cette perspective, la contractualisation doit être conçue comme un moyen de définir l'intérêt général, et pas seulement comme un moyen d'accorder l'intérêt général aux intérêts particuliers.

La citoyenneté sociale

Le traité d'Amsterdam qui entrera en vigueur en 1999 améliore les dispositions actuelles relatives aux droits fondamentaux. Parmi les améliorations, il convient de citer le nouvel article L qui attribue compétence à la Cour de justice en cas de violation des droits fondamentaux ; l'article 13 sur l'interdiction des discriminations et la communautarisation d'un certain nombre de matières (immigration, visa, droits d'asile, droits des réfugiés), l'élargissement de la compétence communautaire en matière d'égalité des chances entre hommes et femmes (article 141). Il y a lieu de souligner aussi la référence à la Charte sociale du Conseil de l'Europe et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dont les principes doivent guider la politique sociale communautaire (article 136) ainsi que l'inclusion d'un nouveau chapitre sur l'emploi et l'incorporation du protocole social dans le traité. Enfin, le renforcement de l'égalité de traitement et la recherche d'un

haut niveau d'emplois figurent parmi les principaux objectifs de l'Union européenne.

Nous prenons acte de la création par la Commission d'un groupe d'experts de haut niveau chargé d'examiner la situation des droits sociaux fondamentaux dans le nouveau traité d'Amsterdam et de proposer des recommandations d'action au niveau communautaire.

Dans ce contexte, et dans la mesure où ce nouveau groupe d'experts en matière de droits fondamentaux devrait soumettre son rapport final, nous avons estimé qu'il n'y avait pas lieu, dans le présent rapport, de développer une analyse exhaustive de la question des droits sociaux fondamentaux, au niveau communautaire.

Nous estimons cependant que, dans ce contexte, plusieurs thèmes mériteraient d'être mis en avant ; en particulier :

• Le renforcement du droit à la libre circulation (dont la libre circulation des travailleurs) et l'extension de ce droit aux travailleurs non ressortissants communautaires régulièrement établis dans l'Union européenne. La situation des travailleurs extra-communautaires doit faire l'objet d'une attention spéciale. Par essence, les droits fondamentaux ne sont pas fondés sur la nationalité. De même, les droits sociaux liés au travail ne sont pas fondés sur la nationalité, mais sur une activité professionnelle licite. Les nombreux problèmes soulevés par la question des travailleurs extra-communautaires n'ont pu être étudiés de manière approfondie par le groupe, et il serait souhaitable qu'ils donnent lieu à une réflexion spéciale et approfondie[6] ;

• La résolution de la contradiction entre le droit des partenaires sociaux de conclure des accords collectifs au niveau communautaire (article 139) et l'interdiction de légiférer au titre de l'article 137(6), en matière de droits syndicaux[7] ;

• Le besoin d'établir par des moyens appropriés un cadre européen pour l'information et la consultation dans des entreprises opérant dans le marché unique ;

• Le besoin d'une reconnaissance dans le traité du rôle accordé aux organisations non gouvernementales dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique sociale communautaire ;

• La poursuite de l'action conduite au niveau communautaire pour lutter contre les discriminations, notamment les discriminations raciales ;

• La mise en œuvre du principe fondamental de l'adaptation du travail à l'homme, notamment dans le domaine du temps de travail[8].

Dans ce contexte des droits sociaux fondamentaux, nous avons étudié les virtualités du concept de citoyenneté sociale européenne. Il faut d'abord souligner les ambiguïtés du concept de citoyenneté, dont le sens varie avec les cultures juridiques nationales.

Au Royaume-Uni, la citoyenneté semble renvoyer d'abord aux droits de l'individu face aux collectivités susceptibles d'empiéter sur sa sphère d'autonomie (État, syndicats, entreprises monopolistiques, Europe…) ; ce qui signifie par exemple que le citoyen ne doit pas se voir imposer un prestataire déterminé pour un service déterminé mais doit pouvoir exercer sa liberté de choix. Cette approche tend aujourd'hui à confondre les droits du citoyen et ceux du consommateur. La force de cette approche est qu'elle n'est pas liée à la considération d'un État ou d'une nation déterminée ; elle prétend à la même universalité que le marché auquel elle se réfère.

En France au contraire, la citoyenneté renvoie d'abord à l'idée de participation égale à la chose publique. Sa définition est d'abord politique, et fort peu économique et sociale. Elle se trouve donc étroitement référée à la République et à la conception qu'on s'en fait. Dès lors que la République se

reconnaît des missions de service public, la citoyenneté conduit à exiger que ces services soient rendus également et efficacement à tous, et non pas à contester le monopole ainsi exercé par l'État ou les entreprises publiques.
En Allemagne, il y a des raisons de penser que le succès du thème de la citoyenneté sociale chez certains auteurs n'est pas sans rapport avec la culture communautaire qui caractérise ce pays. La citoyenneté tend à traduire l'appartenance à la communauté, et non pas une référence égalitaire à la République ou une défense des droits individuels face aux forces collectives.

Le sens de la citoyenneté dépend donc nécessairement de la conception, toujours singulière, de l'État dans chacun des pays. On devine donc les difficultés qu'il pourrait y avoir à définir une véritable citoyenneté européenne, chaque pays tendant à transposer sa propre conception sur la scène communautaire. Dans ce contexte, la notion de citoyenneté sociale n'apparaît pas immédiatement opératoire sur un plan communautaire. Cela ne doit pas masquer cependant les virtualités juridiques réelles de cette notion. La citoyenneté sociale est l'équivalent individuel de la cohésion sociale. Elle implique pour toute personne une capacité égale de prendre part de manière complète et active à la vie socio-économique de la communauté, cette capacité étant fondée sur des droits garantis par l'État. Elle reflète la participation individuelle dans la vie des institutions, incluant, le cas échéant, une participation à la prise de décision. Au plan communautaire, son contenu social spécifique est encore limité (égalité de traitement avec les nationaux)[9], mais elle pourrait devenir le creuset d'une conception commune des responsabilités sociales de l'Union européenne.

La Sécurité sociale

Dans tous les pays de l'Union, les systèmes de Sécurité sociale relèvent en dernier ressort de la responsabilité de l'État. Mais il y a d'importantes différences selon que l'État assure lui-même la gestion de la Sécurité sociale (sous la forme d'un service public), ou bien au contraire que l'État se contente de fixer un cadre réglementaire à un système de Sécurité sociale géré par les partenaires sociaux.

Au Royaume-Uni, le rôle de l'État comme prestataire direct des éléments clefs de l'État social est presque aussi développé qu'en Scandinavie. La tradition de Beveridge a signifié que la santé, la Sécurité sociale, la protection sociale et les services de soins sont tous actuellement encore des responsabilités directes de l'État, bien qu'au cours de ces dernières années il y ait eu une évolution vers la sous-traitance des services de soins pour les personnes âgées en particulier. La Sécurité sociale nationale britannique (British National Health Service) est aujourd'hui le plus grand employeur en Europe.
En matière de Sécurité sociale, la position française et belge a été de chercher à combiner le modèle Beveridge avec un idéal de « démocratie sociale ». Au lieu que ce soit l'État qui gère directement la Sécurité sociale, cette mission a été confiée à des représentants des assurés. Cette originalité s'explique notamment par des traditions historiques et la vivacité de l'héritage proudhonien, ou mutualiste, ou celui du catholicisme social, qui se méfient de l'étatisation du social. De manière encore plus caractéristique, le système d'assurance chômage n'a jamais été entre les mains de l'État, mais repose sur une convention collective interprofessionnelle, l'État n'intervenant qu'à titre

subsidiaire, en cas de défaillance de ce système conventionnel. Le plan Juppé de réforme de la Sécurité sociale (1995) est resté fidèle à cette tradition d'autonomie, qu'il s'efforce seulement de concilier avec des disciplines budgétaires. Cette conciliation n'est plus recherchée au moyen d'actes d'autorité (par l'exercice de la tutelle), mais par des techniques conventionnelles.

Les systèmes de Sécurité sociale demeurent souvent fondés sur un modèle de vie active de type « fordiste ». Celui d'une main-d'œuvre masculine, travaillant à temps plein et chargée de famille. Dans ce modèle, les travailleurs n'atteignaient pas tous l'âge de la retraite, et ceux qui y parvenaient avaient une espérance de vie généralement brève (habituellement, trois à cinq ans après le départ en retraite). Le montant des pensions de retraite demeurait faible en comparaison des revenus d'activité.

Ceux qui ne travaillaient pas comme employés se répartissaient en trois groupes : les riches, qui pouvaient subvenir à leurs besoins ; les personnes à la charge des travailleurs, qui étaient couvertes par l'assurance des travailleurs (droits dérivés) ; et les agriculteurs, les gens ayant une petite affaire ainsi que les professions libérales (commerçants, avocats, médecins, etc.), qui étaient considérés comme responsables d'eux-mêmes. En termes d'assurance, ils représentaient un risque de fraude plus élevé dans la mesure où ils pouvaient se mettre au chômage eux-mêmes, ou se considérer comme malades, ou faire leurs propres choix quant au moment de leur retraite. C'est l'une des raisons pour lesquelles les premiers plans de la Sécurité sociale les ont exclus de leur champ d'application.

Aujourd'hui, le lien entre Sécurité sociale et emploi s'est transformé. Les formes d'emploi se sont diversifiées. Avec le développement du travail des femmes et des pensions de retraite, le nombre des personnes adultes à charge des travailleurs a diminué. Le chômage en revanche est devenu structurel et de longue durée ; il se concentre sur des groupes particuliers de la population : les jeunes, les plus de 50 ans, les immigrés et les personnes non qualifiées. Beaucoup de ces groupes n'ont pas pu acquérir des droits pleins à la Sécurité sociale, parce que le chômage, ou la nature précaire de leurs emplois, ne leur permet pas de cotiser suffisamment. Un autre facteur fondamental de déséquilibre des systèmes de Sécurité sociale a été l'allongement de l'espérance de vie au-delà de la retraite, qui, de trois ou cinq ans, est passée à vingt-cinq ou trente ans. Il en résulte que les systèmes de retraite sont confrontés à des niveaux de paiement qui n'avaient jamais été envisagés quand ils ont été établis.

Le monde des travailleurs indépendants a également changé. Le travail indépendant n'est plus l'apanage des agriculteurs, des professions libérales traditionnelles et des petits patrons. Dans certains pays, de nombreux ouvriers manuels qualifiés (tels que les plombiers et les charpentiers) sont

indépendants. Il en va de même pour les personnes qui ont des compétences relativement rares et peuvent par conséquent se libérer de la dépendance d'un employeur unique (les analystes fonctionnels et les dessinateurs industriels par exemple). De plus, on a assisté, au cours de ces vingt dernières années, à la réapparition de petits travailleurs indépendants : les couturières, les services de livraison à domicile, les services de repassage, etc. Ces travailleurs n'ont pas ou peu de capital financier en jeu dans leur affaire, si bien que, contrairement à l'indépendant traditionnel, ils n'ont pas de capital à réaliser pour financer leur retraite. Ils vendent leur travail comme le font les employés. La seule différence, c'est qu'ils le vendent à une pluralité d'employeurs différents. Ces personnes ont autant besoin que les salariés de la Sécurité sociale, mais ils s'en trouvent partiellement exclus. En Italie, par exemple, les indépendants bénéficient de très peu de droits à la Sécurité sociale.

Les diverses branches de la Sécurité sociale connaissent des évolutions différentes dans l'Europe d'aujourd'hui. D'un côté, les prestations familiales et la couverture maladie acquièrent un caractère universel et sont donc déconnectées de l'emploi. En revanche, l'évolution du système des retraites va dans le sens d'un renforcement du caractère contributif, donc du lien à l'emploi. La première évolution permet de remédier à certaines lacunes de la protection sociale des salariés « atypiques ». En revanche, la seconde diminue les chances des salariés « atypiques » de pouvoir bénéficier d'une pension complète.

Le souci d'adapter le système de protection sociale aux nouvelles formes d'emploi a conduit au développement des minima sociaux, qui servent de filets de protection aux titulaires de ces emplois.

C'est le cas par exemple des prestations de la pension d'État aux Pays-Bas, de l'Income Support au Royaume-Uni, ou du minimum vieillesse en France. En Allemagne et en Espagne, on observe le développement d'un système subsidiaire de prestations non contributives. En Belgique, il y a une réforme en cours qui vise à fiscaliser une part du financement de la Sécurité sociale actuellement supportée par les entreprises. En Suède, le système d'assurance chômage est indépendant et géré par les syndicats.

L'évolution récente du système de la Sécurité sociale espagnol se caractérise par : 1) le renforcement des conditions de contributivité, qui rendent plus difficile l'accès aux prestations contributives ; 2) la croissance relative des prestations d'assistance d'étendue universelle, avec « l'assistancialisation » consécutive du système ; 3) la séparation des sources de financement des prestations contributives (cotisations sociales) et non contributives ou d'assistance (apports de l'État), opération convenue avec les syndicats qui ouvre des inconnues importantes quant à l'avenir du système et sa viabilité financière.

En revanche, la Sécurité sociale obligatoire tend à jouer un moindre rôle pour les titulaires de bons emplois, qui sont invités à s'assurer sur le marché contre certains risques sociaux.

Ainsi, aux Pays-Bas, l'assurance maladie se divise en une assurance privée pour ceux dont le revenu dépasse un certain niveau, et l'assurance obligatoire pour les employés et les bénéficiaires de prestations, au-dessous d'une certaine limite de revenu. Aux Pays-Bas, comme en Suède, les employeurs assument la charge d'un revenu de garantie en cas de maladie, calculé sur 80 % du revenu moyen d'un travailleur. En Suède, les employeurs sont tenus pour responsables du paiement de ce revenu pour les deux premières semaines du congé de maladie, après quoi le paiement du congé de maladie incombe au système national d'assurance maladie (Försäkringskassan). Au Royaume-Uni, pendant les six premières semaines.
Au Royaume-Uni, une majorité de la génération active actuelle tirera son revenu principal après la retraite de fonds de pensions, non de la pension d'État. Les schémas privés de retraite supplémentaire hors Sécurité sociale se développent également en France et en Allemagne, en Espagne.

La question des pensions est un sujet de préoccupation dans tous les pays européens. Les gouvernements changent les termes des plans de retraite publics, si bien que la base sur laquelle les gens ont pris des décisions à propos de la planification de leur retraite se révélera erronée. Ces changements affectent à la fois l'âge auquel les retraites sont versées (qui est souvent reculé) et le taux auquel elles sont versées en fonction des revenus.

Il y a un débat, au Royaume-Uni, sur l'opportunité de placer les pensions d'État sous condition de ressources, mais aucun projet de réforme n'a encore été déposé en ce sens. La relation avec les institutions privées de prévoyance (au travers des placements dans des plans d'épargne ou par des plans de retraite des entreprises) est basée sur un contrat et non sur la volonté de l'État, laquelle est susceptible de changer avec les changements de gouvernement. Les gens pourraient donc espérer y trouver de meilleures garanties juridiques. Mais des scandales comme l'affaire Maxwell ont montré que cette confiance pouvait être ruinée si l'État ne fixait pas un cadre juridique protecteur des intérêts des adhérents à ce type de plans de retraite.

Prolonger ces tendances fait apparaître en perspective un droit social qui instituerait une solidarité minimale entre deux catégories de travailleurs nettement divisés quant à leurs statuts : d'un côté les forts, dont la protection sociale reposerait de plus en plus sur des systèmes d'assurance privée ; de l'autre les faibles, dont le statut serait séparé du contrat. La caractéristique essentielle de ce droit des faibles est que leur protection sociale se détache du contrat de travail pour ressortir de solidarités minimales, organisées principalement sur un plan national (d'où la floraison contemporaine des minima sociaux). Le contrat serait ainsi progressivement vidé de son contenu protecteur, pour devenir un « contrat nu », tandis que la protection sociale ne serait plus indexée sur le contrat de travail et résulterait d'un statut social minimal garanti et financé par l'État[10].

La mise sous condition de ressources des allocations familiales récemment envisagée en France est une bonne illustration de cette évolution. Le centre de gravité de la Sécurité sociale se déplace : il ne s'agit plus de compenser pour tous le coût de l'enfant, mais de soutenir exclusivement le revenu des familles les plus pauvres.

La logique du Family Credit britannique est comparable, puisque cette prestation réservée aux travailleurs indépendants ou salariés ayant au moins un enfant à charge est versée sous condition de ressources. La différence est que le Family Credit est également subordonné à une condition minimale d'emploi, et joue donc, dans une logique de *workfare*, un rôle de complément aux bas salaires.

Sans que le vocabulaire change (on parle toujours de « solidarité »), le rôle de l'État subirait alors une transformation radicale. Au lieu de fonder une solidarité face au *risque*, où chacun tout à la fois est appelé à donner (cotiser) et recevoir (percevoir des prestations), il renoue avec la charité publique, c'est-à-dire avec une solidarité face au *besoin*, où les plus riches donnent sans recevoir tandis que les plus pauvres reçoivent sans être appelés à donner. D'un État-providence, où le lien de tout citoyen avec le système de Sécurité sociale est bilatéral (chacun est à la fois débiteur et créancier de sécurité pour autrui), on passe alors à un État assistance où ce lien devient unilatéral (il y a des citoyens débiteurs, et d'autres créanciers de la Sécurité sociale). Ce glissement, qui s'observe déjà dans l'évolution de l'assurance maladie aux Pays-Bas, des allocations familiales en France ou du système de retraite au Royaume-Uni, répond au souci de contenir la dépense sociale en la concentrant sur les plus pauvres, tandis que les classes moyennes ou riches sont renvoyées à la prévoyance ou à l'assurance privées pour se prémunir contre les risques de l'existence. Le danger d'une telle évolution est évidemment d'instituer une société duale, où la notion de citoyenneté sociale n'aurait plus le même sens pour tous.

L'organisation du marché du travail

Il existe des différences importantes dans la façon dont l'État social s'est développé dans les différents pays européens. En particulier, au Royaume-Uni et dans les pays nordiques, la question de la réglementation des relations de travail n'a pas été considérée comme relevant directement des missions de l'État, alors que dans la plupart des autres pays, elle a été considérée comme centrale.

Diversité des conceptions du rôle de l'État

Il n'y a pas deux pays en Europe où le rôle de l'État en matière de relations de travail soit conçu de la même manière. Toutefois, on peut distinguer trois grands modèles d'intervention.

Dans le *modèle « continental »*, l'État apparaît comme le tuteur de la partie faible à la relation de travail. Son intervention a pour objet de pallier l'inégalité des parties au contrat de travail en conférant aux travailleurs ou

à leurs représentants des droits minimaux auxquels les contrats de travail ou les conventions collectives ne peuvent déroger.

La Constitution espagnole de 1978 définit ainsi l'État espagnol comme un « État social et démocratique de droit » (art. 1). Selon le Tribunal constitutionnel (arrêts 3, 8, 14, 63 et 75/1983, du 25 janvier, des 18 et 28 février, du 20 juillet et du 3 août parmi beaucoup d'autres), cette formule signifie que l'État est garant du respect du principe d'égalité et de la correction des inégalités sociales. Selon les termes de la première de ces décisions : « Le législateur, comme il réglemente les relations de travail, considère nécessairement des catégories et non pas des individus en particulier et constatant l'inégalité socio-économique du travailleur par rapport à l'employeur, il prétend la réduire grâce à l'établissement adéquat de mesures égalitaires. De tout cela découle le caractère spécifique du droit du travail, en vertu duquel, grâce à la transformation de règles indéterminées qui apparaissent indubitablement liées aux principes de liberté et d'égalité des parties sur lesquels se fonde le droit des contrats, se constitue comme un ordre compensatoire et égalisateur pour la correction, au moins partiellement, des inégalités fondamentales » (arrêt 3/1983, fondement juridique, 3). Cette doctrine est reprise dans l'arrêt également cité 14/1983, fondement juridique, 3.
En France, étant donné un contexte de négociations collectives faibles, qui a conduit à un risque de relations inégales entre employeur et employé, l'État agit pour équilibrer ces relations et pour fixer des limites à l'autonomie de la volonté des parties au contrat de travail. Cette intervention est justifiée par le fait que les salariés abandonnent certains de leurs droits civils quand ils signent un contrat de travail. En outre, en raison de la faiblesse des négociations collectives dans de nombreux secteurs de l'économie, la loi vise à fixer de manière uniforme un « ordre public social ».
En Belgique et aux Pays-Bas, l'auto-organisation de la société civile est forte. L'État n'a donc pas le caractère « extérieur » qu'il peut revêtir en France. L'État accompagne les groupes sociaux, les relaye plus qu'il ne les dirige. En Belgique en particulier, les associations syndicales sont en étroite connexion avec les organisations politiques, culturelles et sociales qui organisent la société belge, et s'expriment au niveau politique à travers les partis qui se trouvent régulièrement à la tête de l'exécutif dans ces coalitions gouvernementales. Cela signifie que le lien entre les institutions du marché du travail et d'autres institutions politiques et culturelles est très fort.
En Allemagne, le droit du travail a ses origines dans l'État social bismarckien, mais il a acquis une forte dimension cogestionnaire. La philosophie d'après-guerre de garantie de l'équilibre des pouvoirs et le développement du consensus ont conduit à l'importance primordiale donnée dans le droit du travail aux conventions collectives. Le concept « d'économie sociale de marché » est important pour faire le lien entre la sphère économique et l'État social.
En Italie, le tableau est contrasté. Il y a une tradition d'État minimal, conduisant à peu de réglementation dans de nombreux domaines, mais avec des réglementations fortes et détaillées dans d'autres. L'État social n'est pas très développé, excepté dans le domaine des pensions, où il est exceptionnellement généreux, mais seulement pour les salariés. Les indépendants restent exclus. Dans de nombreux secteurs, la négociation collective n'est pas développée et la réglementation est peu respectée. En revanche, dans les industries fordistes et le secteur public, il y a des négociations collectives fortes et observation des réglementations.

Dans le *modèle britannique* au contraire, l'État n'intervenait que pour placer les relations industrielles hors du champ d'application de la *common law* et garantir ainsi la possibilité d'une organisation autonome de ces relations, principalement fondée sur des conventions collectives sans force juridique. Ce système dit « abstentionniste et volontariste » a cependant profondément évolué durant les quarante dernières années, d'abord avec le développement de lois de type continental par les gouvernements travaillistes, puis par la politique thatcheriste d'affaiblissement du pouvoir syndical et d'individualisation des relations de travail, et enfin par

l'influence du droit communautaire qui oblige à transposer sous forme de lois certaines directives européennes. Cependant, on continue de considérer que la protection sociale doit demeurer totalement séparée de la question du droit du travail, et la tradition d'ingérence minimale de l'État reste la norme.

Le *modèle nordique* est encore différent. Comme dans le modèle continental, l'État se reconnaît la responsabilité de fixer le cadre général d'organisation du marché du travail. Il fixe en particulier un cadre juridique aux négociations collectives. Mais en revanche, comme dans le modèle britannique, il tend à abandonner la question des relations individuelles de travail à l'autonomie des partenaires sociaux. La philosophie nordique est que l'État doit intervenir dans le domaine de l'emploi, mais que ce qui se passe sur le lieu de travail est un sujet à déterminer par les employeurs et les salariés.

Plus généralement, cependant, certains des développements concernant l'État social se reflètent dans les réglementations du marché du travail. Par exemple, il y a eu un passage du monopole d'État dans la prestation des services de placement, avec le développement d'agences de placement privées. Cela est arrivé en Allemagne, aux Pays-Bas et en Suède. En Italie, les services de placement restent un monopole de l'État, mais le service réalise moins de 5 % des embauches.

Ces tendances reflètent à la fois des changements plus larges dans le rôle de l'État, et le passage à une exigence de plus grande liberté de choix dans tous les aspects de la vie.

État et négociations collectives

La question de la négociation collective a déjà été abordée dans le chapitre IV relatif à l'organisation collective du travail. On se limitera donc ici à quelques observations sur le rôle de l'État en la matière.

Le déplacement du centre de gravité du droit du travail de la loi vers les négociations collectives est une caractéristique commune à tous les pays européens. Cela a deux conséquences générales. Ce mouvement a pu correspondre à l'idée que les conventions collectives auxquelles participent librement les deux parties sont susceptibles d'être plus bénéfiques que la loi. Les traditions en Allemagne et en Suède en particulier donnent un rôle primordial aux négociations collectives et limitent l'intervention de l'État dans ce domaine conventionnel. Mais, plus généralement, il est de plus en plus fréquent que la loi (au niveau de l'Union européenne aussi bien qu'au niveau national) autorise les conventions collectives à déroger à ses

dispositions. Cela signifie que l'État transfère aux partenaires sociaux certaines des responsabilités qu'il reconnaissait auparavant comme siennes.

Le rôle de l'État s'exprime également dans la technique de l'extension des conventions collectives, qui est d'un emploi assez répandu en Europe (ainsi en Belgique, aux Pays-Bas, en Allemagne et en France). En Espagne, une extension d'un autre type est possible légalement, mais n'est pas utilisée, étant donné que les conventions collectives sont investies d'une efficacité générale. Généralement, l'une des parties (parfois les deux ou toutes) de l'accord doit demander son extension. Aux Pays-Bas, l'extension ne peut avoir lieu que si une majorité de travailleurs dans l'industrie sont déjà couverts par la convention. L'État cherche ainsi à éviter les réductions des avantages sociaux ou le dumping social. Si tout le monde dans une industrie est lié par le même accord, il est alors impossible qu'une entreprise gagne les parts de marché d'une autre sur la base d'un traitement inférieur de ses travailleurs. Elles doivent être plus innovatrices et plus productives pour obtenir cela.

Au Royaume-Uni et en Suède, il n'y a pas d'extension de la négociation collective à ceux qui ne l'ont pas signée. Les négociations collectives ne sont valables que sur les lieux de travail où l'employeur a participé directement à la convention, soit sur la base d'une entreprise individuelle, ou en tant que membre d'une organisation patronale. En Suède, la plupart des lieux de travail sont couverts par des accords collectifs nationaux, mais dans certaines entreprises il existe des accords locaux supplémentaires. Au Royaume-Uni, la plupart des négociations se font au niveau de l'entreprise.

En Belgique, il y a eu une longue histoire de négociations collectives nationales qui couvraient un éventail plus large de questions que les relations employeur/salarié. En fait, l'État approuvait et mettait en pratique les décisions prises par les partenaires sociaux. Cependant, la crise budgétaire du début des années quatre-vingt a signifié que l'État pour la première fois a imposé des limites aux négociateurs, et dans la pratique cela a eu pour conséquence que l'État prenne et impose des décisions clefs d'une façon qui ne s'était pas vue auparavant.

Plus généralement, on s'inquiète du fait que les institutions de négociation collective ne sont pas dans tous les pays aussi développées qu'elles devraient l'être afin d'assumer le poids croissant de responsabilité qu'on leur a donné. Il y a des différences claires entre les pays concernant le degré d'établissement de la négociation collective dans différents secteurs. Il y a aussi un débat à propos de la légitimité et de la nature juridique des conventions collectives qui ont un effet réglementaire. En particulier, sont-elles sujettes à annulation ou modification par les tribunaux ou par le processus législatif ?

État et représentation collective

L'institution des droits à représentation

Les droits collectifs ont été traditionnellement importants dans le domaine du droit du travail, qui a eu tendance à fournir une protection à tous les travailleurs, ou à des groupes de travailleurs. En Italie et en Belgique, cela reste fermement le cas. Cependant, en France et en Allemagne, il y a une insistance croissante sur les droits des travailleurs en tant qu'individus. En France, la protection de la liberté individuelle et du

pluralisme syndical a contribué à la faiblesse générale à la fois des syndicats et de la négociation collective. En Allemagne, la déréglementation du droit du travail s'est concentrée sur la sphère des droits collectifs, changeant ainsi l'équilibre entre l'individuel et le collectif. Cela a eu pour conséquence de renforcer les comités d'entreprise aux dépens des syndicats.

Au Royaume-Uni et en Espagne, par contraste, le changement s'est fait dans l'autre direction. L'insistance se porte traditionnellement sur les droits individuels, mais de plus en plus la loi définit les droits collectifs. Aux Pays-Bas, le cadre légal contient un mélange de droits individuels et collectifs. En Suède, les droits sont donnés à l'individu, mais la mise en vigueur de ces droits est difficile à obtenir, à moins qu'elle ne soit menée collectivement. Mais l'individu n'a pas le droit de se retirer d'une convention collective qui le couvre, ce qui donne un équilibre dans l'autre direction. En général, nous assistons à une convergence, la plupart des systèmes étant maintenant basés sur un mélange de droits individuels et collectifs.

En ce qui concerne le traitement juridique des syndicats, le tableau est contrasté. Dans certains pays (par exemple aux Pays-Bas et en Suède), ils sont traités de la même manière que d'autres associations volontaires. Dans d'autres (par exemple en Italie, en Espagne et en Allemagne), les syndicats qui répondent à des critères spécifiques (les syndicats nationaux, dans le cas de l'Italie) ont des privilèges particuliers. En Belgique, les syndicats ont refusé la personnalité juridique aux conditions fixées par la loi de 1898 sur les unions professionnelles, au contraire des organisations patronales. Divers motifs justifient ce refus : publicité des membres ; possibilité de mettre en cause la responsabilité civile de l'association ; obligation de présenter annuellement des comptes à une commission d'entérinement, etc. Pour des motifs semblables, les syndicats ont refusé de se constituer en associations sans but lucratif (loi de 1921). Cependant, malgré le fait qu'elles ne disposent pas de la personnalité juridique et des droits et devoirs qui y sont associés, les organisations représentatives des travailleurs se sont vu reconnaître par le législateur dans certains cas des capacités de conclure et d'ester en justice. La doctrine parle volontiers dans ce cas de « personnalité juridique restreinte ». Au Royaume-Uni, les syndicats ont à la fois des privilèges particuliers et des obligations particulières.

L'institution de la concertation avec les partenaires sociaux

Dans certains pays, les institutions de concertation et de consultation des partenaires sociaux jouent un rôle politique majeur.

C'est peut-être en Belgique que cette pratique est la plus développée. Le Conseil national du travail formule « tous avis ou propositions concernant les problèmes généraux d'ordre social intéressant les employeurs et les travailleurs » (L. du 29 mai 1952). Ces recommandations sont adressées aux ministres ou aux Chambres soit d'office, soit à leur demande. Dans la pratique, le rôle de ces recommandations est extrêmement important. Certaines lois prévoient que des mesures d'exécution ne peuvent être prises qu'après avis du Conseil ; certaines mesures d'exécution (exceptionnelles) ne peuvent être prises que sur avis conforme (L. du 16 mars 1971), voire sur avis conforme et unanime (L. sur les contrats de travail du 3 juillet 1978). Dans certains domaines, le gouvernement ne peut intervenir que sur proposition du Conseil. Enfin, le Conseil peut exprimer son avis sur les conflits d'attribution surgissant entre les commissions paritaires. Les partenaires sociaux participent également au Conseil central de l'économie.

Aux Pays-Bas, la longue tradition de développement du consensus se reflète dans le Conseil social et économique national qui est le principal organisme consultatif national, et la Fondation du travail, qui est une institution privée dans laquelle les principales fédérations de syndicats et d'employeurs travaillent ensemble. La Fondation discute les thèmes de grande importance économique avec le gouvernement. Par exemple, elle a conclu un accord qui a fait date en avril 1996 sur la flexibilité et la sécurité. Elle donne également des conseils pour les négociations collectives de travail. Des institutions similaires existent en Suède.

En Espagne, il y a un Conseil national économique et social avec des organismes similaires au niveau de la communauté régionale s'inscrivant dans le cadre plus large du dialogue social. En Italie, le Conseil national de l'économie et du travail est une institution pour la consultation et la participation des partenaires sociaux dans les questions économiques et sociales. Son influence et son importance réelles sont cependant limitées. Il en va de même en France du Conseil économique et social. Au Royaume-Uni, le seul organisme consultatif national, le Conseil national de développement économique (National Economie Development Council), a été supprimé par le gouvernement conservateur, et le nouveau gouvernement travailliste n'a aucunement manifesté l'intention de le rétablir. Toutefois, les partenaires sociaux continuent à participer activement à la Commission de santé et de sécurité (Health and Safety Commission), qui est responsable de toutes les questions de santé et de sécurité dans le travail.

En Suède, il existe un Conseil national de la sécurité et de la santé dans le travail auquel les partenaires sociaux participent. En Italie, le Conseil national de l'économie et du travail est une institution pour la consultation et la participation des partenaires sociaux dans les questions économiques et sociales. Son influence et son importance réelles sont cependant limitées.

Les institutions de résolution des conflits collectifs

C'est un domaine où, d'une manière générale, le développement du fordisme a signifié un passage du recours aux tribunaux à des systèmes de conciliation et d'arbitrage collectifs, gérés par les partenaires sociaux. Cette tendance peut s'expliquer par l'insistance croissante mise sur la collaboration et la coopération dans les rapports de travail, ce qui a conduit à se détourner des procédures judiciaires ; il faut remarquer cependant que se manifestent aujourd'hui, en Europe, des tendances à la remise en cause de cet « évitement du judiciaire ». On voit apparaître des recours au juge des référés en matière de conflits collectifs (en Belgique notamment), et le juge peut être placé en position d'ultime garant du droit social dans un contexte d'affaiblissement des organisations représentatives des

travailleurs (en France notamment). Certaines innovations législatives (par exemple la loi française sur le licenciement collectif, dite « loi Aubry ») tendent à accroître les possibilités de contrôle juridictionnel des processus de négociation collective au sein des entreprises. On peut voir dans cette tendance une manifestation de plus de l'évolution générale du rôle du juge dans les sociétés occidentales, qui à terme peut entraîner une modification profonde du droit des rapports collectifs de travail.

En Espagne, les accords interprofessionnels régionaux et nationaux ont traité de la conciliation, de la médiation et de l'arbitrage, au moyen de la création d'organismes paritaires, de corps d'arbitrage et de procédures à caractère volontaire. De plus en plus, les réglementations de l'État reconnaissent le règlement à l'amiable des conflits de travail, bien que le droit constitutionnel de recourir à la justice existe toujours pour les conflits juridiques, individuels et collectifs, même si ce droit peut se voir limité et s'il est possible d'y renoncer, dans les conditions de volontariat citées plus haut.
Au Royaume-Uni, il existe-une agence de l'État responsable de la conciliation entre les parties engagées dans des conflits de travail en vue de leur résolution. Les conventions collectives n'étant pas juridiquement exécutoires, les litiges relatifs à leur application doivent être résolus soit par conciliation soit par arbitrage privé. En Belgique, la loi met à la disposition des partenaires sociaux des organes de conciliation (les commissions paritaires, pour l'essentiel) ; des fonctionnaires spécialisés, placés sous l'autorité du ministre de l'Emploi et du Travail, ont pour mission de jouer le rôle de « conciliateurs sociaux ». En Italie aussi, il y a des institutions pour la résolution des conflits locaux, mais avec un ultime recours à la justice. Il y a aussi des institutions au niveau local et régional pour la résolution des conflits, bien que les parties concernées aient toujours le droit de recourir à la justice pour résoudre leurs conflits. En Suède, un Tribunal du travail est chargé de régler les litiges collectifs ; l'accès à ce tribunal est limité aux parties engagées dans la négociation collective. On envisage d'établir une commission d'arbitrage pour régler les conflits collectifs.
En Allemagne, il y a un système de tribunaux du travail dont la compétence s'étend seulement à la résolution des litiges entre employeurs et employés, et non pas aux conflits collectifs. Il n'y a aucune institution d'État pour la conciliation. Aux Pays-Bas, les conflits du secteur privé peuvent être résolus grâce aux tribunaux, alors que les conflits du secteur public sont résolus par conciliation et (exceptionnellement) arbitrage. En France, les tribunaux judiciaires sont compétents pour les litiges collectifs (par exemple d'interprétation des conventions collectives), mais pas pour régler les conflits collectifs (*i.e.* les conflits d'intérêts). Ces derniers relèvent de procédures facultatives de conciliation, de médiation et d'arbitrage qui sont en pratique fort peu utilisées ; c'est l'administration du travail qui joue le plus souvent un rôle officieux dans le règlement des conflits.

L'État employeur

L'un des domaines où s'est opéré le plus grand changement dans tous les pays européens au cours de ces dernières années a été le changement de rapport entre l'État et ceux qui travaillent pour lui. D'une façon générale, en Europe, les fonctionnaires n'étaient pas titulaires d'un contrat de travail, mais se trouvaient dans une situation juridique arrêtée unilatéralement par l'État. En revanche, ils bénéficiaient de la sécurité de l'emploi et d'un statut protecteur avantageux, notamment en matière de retraite. En contrepartie, leurs traitements étaient plus bas que les salaires du secteur privé. Le travail dans la fonction publique était généralement organisé sur un mode strictement hiérarchique, faisant très peu de place à l'initiative ou la

responsabilité individuelle. Souvent, les fonctionnaires n'ont pas le droit de se mettre en grève, et ils ont rarement des droits à négociation collective[11]. Ce modèle correspondait à un idéal de service public, qui implique pour les agents de l'État loyauté et disponibilité. La pratique s'éloignait plus ou moins considérablement de cet idéal, selon les pays et les administrations concernées.

De même, le champ d'application de ce modèle varie très sensiblement d'un pays à l'autre, les mêmes secteurs d'activité relèvent de la fonction publique dans certains pays et du droit du travail dans d'autres. Fréquemment, comme aux Pays-Bas et en France, la fonction publique s'étend au personnel des collectivités locales. En France, la fonction publique s'étend en outre à la poste, aux hôpitaux et à l'enseignement public. En Espagne, certains de ces groupes sont des fonctionnaires, d'autres non. En Allemagne, la fonction publique incluait traditionnellement les entreprises d'État, y compris les chemins de fer.

La tendance générale en Europe consiste à faire basculer vers le droit du travail certains secteurs anciennement soumis à la fonction publique. Il est rare aujourd'hui que des employés d'entreprises publiques soient traités comme des fonctionnaires, et là où cela arrive, cette catégorie est en voie d'extinction. La définition du fonctionnaire a été progressivement rendue plus étroite dans de nombreux pays pour se centrer sur les fonctions du gouvernement central, ou par l'introduction ou l'expansion du travail de fonctionnaire sur une base temporaire, comme on le voit aux Pays-Bas, en Espagne et en Belgique. Dans certains pays, comme l'Italie, des réformes récentes ont soumis en principe tous les agents de l'État au droit commun du travail, avec toutefois le maintien de dispositions dérogatoires (par exemple en matière de fixation des rémunérations, ou de déontologie).

La privatisation de certains services publics a contribué à ce rétrécissement du champ d'application de la fonction publique. Dans certains cas (par exemple dans les télécommunications), le modèle standard a été le transfert des fonctions de l'État à une nouvelle compagnie privée. Il y a eu aussi un glissement vers les unités d'activité *(business units)*, soit au sein des autorités publiques – une partie de l'organisation passe un contrat avec une autre partie –, soit par des quasi-contrats avec des prestataires privés. Parfois, cela a conduit à ce que les fonctionnaires deviennent les employés des nouvelles entreprises prestataires (conformément à la directive « Transfert d'entreprise »). Dans d'autres cas, cela a conduit les employés à revendiquer un alignement de leurs salaires sur ceux du privé.

Cependant, il est important de noter que le transfert du personnel à des prestataires de services ou à des unités autonomes d'activité a signifié que l'État a rompu les termes de ce contrat implicite fondé sur la confiance mutuelle qui le liait à ses agents. Il y a eu un passage de la responsabilité publique et politique à l'efficacité commerciale. Cependant, il n'est pas évident que ce changement ait toujours amélioré la qualité des services. Le passage à une culture basée sur des contrats, même entre différents secteurs du service public, a pu conduire au contraire en certains cas à ce que les objectifs propres du service public (continuité, égalité d'accès au meilleur coût) ne soient plus satisfaits.

On s'inquiète de plus en plus de la paupérisation d'une partie des travailleurs au service de l'État. Dans le cas de l'Italie et de la Suède, par exemple, cette tendance résulte de ce que les fonctionnaires ont perdu leurs privilèges, sans que, sous la pression budgétaire, cette perte soit compensée par des salaires plus élevés. Cette paupérisation de la fonction publique résulte aussi des politiques de l'emploi qui ont multiplié dans les administrations, les universités, les collectivités locales ou les hôpitaux les contrats spéciaux pour les chômeurs, c'est-à-dire des « petits boulots » précaires et mal rémunérés. Il y a eu en effet une croissance de l'emploi temporaire dans certains services d'État, en particulier les hôpitaux. Dans la plupart des pays, il y a un nombre croissant de personnes qui travaillent dans des institutions d'État avec des plans d'emploi et de formation particuliers. Ces personnes, qui travaillent aux côtés des fonctionnaires, n'ont souvent ni les droits des fonctionnaires, ni les droits des employés du secteur privé.

De plus en plus, ceux qui continuent de relever de la fonction publique voient leur situation se rapprocher sur certains points de celle du secteur privé. Ainsi, par exemple, en Italie, en Suède et au Royaume-Uni, tous les fonctionnaires ont maintenant des contrats de travail standard qui permettent le licenciement. En Italie, la situation précédente dans laquelle les fonctionnaires pouvaient prendre leur retraite après quinze ans de service pour les femmes et dix-neuf ans pour les hommes a été modifiée, et d'ici 2008, la vie active normale des fonctionnaires sera de quarante ans. Aux Pays-Bas, des accords spéciaux pour les fonctionnaires sont progressivement démantelés dans un processus de normalisation des relations de travail dans le secteur public.

Cette turbulence dans les relations de travail des fonctionnaires reflète les changements qui affectent les services publics eux-mêmes ; mais dans

la plupart des pays, un processus d'apprentissage est en cours et n'a pas encore abouti à de nouveaux schémas stables qui aient fait leurs preuves.

Il est difficile de trancher sur les avantages et les inconvénients respectifs de la fonction publique et du droit du travail pour assurer le meilleur service possible au public. Cette question n'a pas en effet de réponse simple. Si par exemple les employés des instituts de recherche ont un poste garanti à vie, ils risquent d'être moins portés à développer de nouvelles idées que s'ils sont confrontés à de nouvelles personnes et de nouvelles idées tous les deux ou trois ans. En revanche, des chercheurs soumis à la pression du marché et à la crainte du licenciement éviteront peut-être de se lancer dans des travaux à risque dont l'aboutissement n'est pas assuré. Autre exemple, dans le secteur des transports : si un statut hautement protecteur permet aux agents de se mettre facilement en grève, l'exigence de continuité du service n'est plus satisfaite et leur statut perd sa légitimité aux yeux du public. En revanche, si la privatisation conduit les travailleurs de ce secteur à des formes d'emplois précaires, mal formés et mal rémunérés, c'est la sécurité des transports qui se trouve alors mise en jeu. C'est pourquoi opposer droit du travail et fonction publique en des termes abstraits conduit à un faux débat. Le vrai problème, dans un cas comme dans l'autre, est de parvenir à définir dans le statut professionnel de ceux qui travaillent au service du public un ensemble indissociable de droits et de responsabilités. Or, dans leurs formes pathologiques, la fonction publique comme le droit du travail peuvent aboutir à dissocier droits et responsabilités : la fonction publique peut conférer à certains travailleurs des droits particuliers sans responsabilités correspondantes, et le droit du travail peut faire peser sur les travailleurs des responsabilités particulières sans droits correspondants qui leur permettent de les assumer.

Les perspectives d'évolution du rôle de l'État

L'héritage de l'État-providence

Pour l'essentiel, nous demeurons les héritiers de l'« État-providence » enfanté par la révolution industrielle. S'opposant à la fois à l'État gendarme (ou minimal), conçu comme simple arbitre de rapports sociaux auxquels il ne prend pas directement part, et à l'État Léviathan, qui prétend s'incorporer la société tout entière, l'État-providence participe activement à un jeu social dont il admet n'être pas le seul maître. Mais son visible

essoufflement ranime les deux questions fondamentales dont sa naissance a procédé.

La première résulte du fait qu'une société dont la vie matérielle est fondée sur l'échange marchand développe à la fois l'*individualisation* des droits et des modes de vie et l'*interdépendance* de ses membres. Ce paradoxe, déjà relevé par Durkheim, ne cesse de s'approfondir sous nos yeux. L'individualisation se manifeste par un desserrement de tous les cadres de la vie collective, de la famille au syndicat ou à l'entreprise (qui tend à se concevoir aujourd'hui comme un simple réseau de contrats), tandis que l'interdépendance est le fruit d'une spécialisation des tâches toujours accrue par le développement technique et la mondialisation des échanges. Comment concilier dès lors cette individualisation et cette interdépendance ?

La seconde question surgit avec l'institution du marché du travail, qui traite ce dernier comme une valeur d'échange. Or cette valeur ne peut exister sans avoir été formée et être entretenue sur le temps long de la vie humaine. Étant indissociable des personnes, elle est tout entière suspendue à l'éducation, à la vie et à la reproduction des personnes. Ce lien se renforce encore avec le progrès technique, qui majore la demande de travail hautement qualifié, de ce travail exclusivement humain qu'aucune machine ne peut accomplir. Car toute prestation de travail qualifié, fût-elle à durée déterminée, engage une formation professionnelle incorporée sur la longue durée. Comment concilier dès lors la discontinuité de la rémunération du travail sur le marché avec la continuité de la vie humaine ?

Face aux expériences totalitaires qui ont marqué ce siècle, l'État-providence a été la réponse démocratique à ces deux questions ; par la conciliation qu'il a opérée des valeurs de liberté et de sécurité, il a permis au vieil État régalien de retrouver une légitimité. Il possède deux faces qu'on a trop souvent tendance à envisager séparément alors qu'elles sont structurellement liées.

La première est la notion de service public, au travers duquel l'État n'apparaît plus comme puissance transcendant la société civile, mais comme serviteur de cette société, créateur de lien social, qui assure également et continûment l'accès à des services fondamentaux (éducation, transports, communication, énergie, hôpitaux, et, plus généralement, tous les services qui s'inscrivent nécessairement dans une continuité territoriale). Ce faisant, le service public accroît les droits des individus tout en les rendant solidaires. Bien qu'elle se retrouve sous des formes

différentes dans tous les pays, c'est en France que la théorie du service public a connu ses développements les plus remarquables.

La seconde face de l'État-providence a été la notion d'emploi, entendu sous son sens individuel. L'emploi ne désigne pas seulement un objet d'échange, mais aussi un statut professionnel, c'est-à-dire un système de règles qui s'impose indépendamment de la volonté des parties à la relation réglementée. L'invention de l'emploi, comme statut impérativement attaché à tout contrat de travail, est d'origine allemande. Systématisée par les juristes allemands dès la fin du XIXe siècle, elle s'est répandue sous des formes diverses dans tous les pays européens. L'État y a joué de diverses manières un rôle fondamental dans la construction de l'emploi (en exerçant une tutelle directe des relations de travail, comme dans le modèle latin, ou bien en garantissant un espace d'autonomie collective aux relations industrielles comme dans le modèle anglais, ou bien en donnant un cadre juridique à l'économie sociale de marché comme dans le modèle rhénan, ou à un droit conventionnel du travail, comme dans le modèle nordique, etc.). Sous ces formes différentes a été inséré dans le contrat de travail un statut qui protège le travailleur contre les risques d'altération de sa capacité de gain. L'emploi, sous ce sens, est l'enfant commun du droit du travail et de la Sécurité sociale. Au travers de la Sécurité sociale, l'emploi inscrit son titulaire dans une solidarité financière face à ces risques.

Avec le temps, la protection contre certains de ces risques a basculé sur l'autre face de l'État-providence, la prise en charge de ces risques étant assurée dans le cadre d'un service public. C'est notamment le cas avec l'invention, anglaise cette fois, du service national de santé, qui organise une protection sociale universelle contre le risque de maladie. Adoptée dans nombre de pays européens (pays nordiques, Italie) et transposée dans les autres au prix d'une déformation des systèmes professionnels, cette protection nationale de la santé illustre la dynamique de certains droits nés du travail, qui s'imposent progressivement comme droits du citoyen.

L'État-providence, qui a permis de maîtriser le double phénomène d'individualisation et d'interdépendance sociale, a été dans le même temps un accélérateur de ces deux phénomènes. L'inscription dans des réseaux larges et anonymes de solidarité émancipe les individus de leur environnement familial ou économique : l'épouse qui a un emploi, ou bien la personne âgée une retraite ne dépend plus de son mari ou de ses enfants pour vivre. De réponse à ces questions, l'État-providence est devenu progressivement une partie du problème.

L'État face à la « globalisation »

L'instrumentalisation de l'État

Dans les sociétés modernes, c'est l'État qui est le garant du long terme. La méconnaissance de cette place singulière de l'État est un trait commun des analyses néolibérales et des analyses néocorporatistes, qui toutes deux envisagent l'État comme un instrument, et non comme un garant des rapports socio-économiques.

Dans la conception classique, l'État est en charge d'exprimer et de mettre en œuvre l'intérêt général. La loi qui exprime cet intérêt général s'impose aux individus et aux groupes et pose les limites à l'intérieur desquelles ils peuvent devenir à eux-mêmes leur propre législateur (*i.e.* définir leur propre loi contractuelle). Sont ainsi distingués et fortement hiérarchisés les deux niveaux d'écriture du droit : celui de la volonté générale, telle qu'elle s'exprime dans la loi et le règlement ; et celui de la volonté des parties, des particuliers, telle qu'elle s'exprime dans les contrats. Le premier niveau relève du droit public ; c'est le domaine du délibéré et de l'unilatéral. Le deuxième niveau relève du droit privé ; c'est le domaine du négocié et du bilatéral.

L'État-providence a favorisé l'émergence d'un troisième niveau : la négociation collective. Reconnaissant les limites de ses capacités cognitives (ce qui le distingue de l'État totalitaire), l'État-providence cherche à exprimer la diversité des intérêts collectifs qui parcourent la société, soit en associant les représentants de ces intérêts à la fabrication de la loi et des règlements, soit en leur laissant le soin de définir eux-mêmes le bien commun. Cette évolution, qui a pu être dite « néocorporatiste », a pu conduire à confondre négociation et délibération, et à doter la convention d'une légitimité égale à la loi. On doit porter des appréciations nuancées sur cette évolution. Selon les expériences nationales, et en fonction des philosophies politiques endossées, le regard qu'on porte sur ce phénomène est variable. Mais une chose est sûre : avec le néocorporatisme, l'État perd sa position d'extériorité par rapport au social. Il n'est plus le lieu exclusif où se définit le bien commun.

Le renouveau néolibéral et les théories de la déréglementation aboutissent elles aussi à remettre en question la hiérarchie des intérêts sur laquelle reposait la théorie classique de l'État. Le point de départ de ces théories consiste à considérer le droit comme une forme de régulation parmi d'autres, qui doit respecter (ou mieux : exprimer) les lois du marché, telles que les révélerait la science économique standard. La globalisation de l'économie conduit à prêter à ces lois du marché une valeur universelle et à fonder sur elles un « imperium des affaires » qui s'impose aux États nations, lesquels expriment seulement des solidarités locales, qui ne sont

tolérées que dans la mesure où elles ne font pas obstacle à la liberté de circulation des marchandises et des capitaux. Dans cette perspective, le véritable intérêt général réside dans le respect universel des lois du marché, et les États incarnent seulement des intérêts particuliers des nations ; ils doivent donc plier ceux-ci aux exigences supérieures du libre-échange.

L'impact de ces théories est aujourd'hui considérable. Il s'est d'abord exprimé par des institutions multinationales, dont la Communauté européenne offre l'exemple le plus achevé, et qui ont été fondées sur des abandons partiels de souveraineté des États. Mais ces institutions multinationales sont aujourd'hui à leur tour soumises au type de contraintes qu'elles exercent sur leurs États membres : elles doivent notamment plier les intérêts « régionaux » qu'elles représentent aux impératifs d'institutions « mondiales » fondées sur des conventions internationales (telles que l'Organisation mondiale du commerce).

Néocorporatisme et néolibéralisme se sont combinés en pratique pour dépouiller l'État de certains attributs de sa souveraineté, pour bousculer la hiérarchie des intérêts publics et privés, et pour brouiller la distinction entre loi délibérée et convention négociée. Dans chacune de ces idéologies, l'État est perçu comme l'instrument d'une rationalité qui le dépasse : celle de la société ou celle de l'économie. On tend à le percevoir comme un « acteur » parmi d'autres, qui ne saurait prétendre à un traitement exorbitant du droit commun.

L'État garant du long terme

L'affaissement visible de la figure de l'État dans l'Europe d'aujourd'hui est gros d'injustices, de dangers et d'interrogations.

D'injustices, parce qu'il n'est pas admissible que dans une société riche de larges secteurs de la population soient livrés à la misère ou au néant social. Ce jugement, qui était déjà celui de Beveridge, n'a rien perdu de sa valeur, et l'on ne peut tolérer le développement d'un darwinisme social qui conduirait insidieusement à faire croire que les victimes de la « guerre économique » méritent leur sort, qu'elles n'ont rien à apporter à la société, et qu'il convient seulement de se préoccuper de les distraire et de les empêcher de mourir de faim ou de froid.

De dangers, parce que si, sous la pression des corporatismes ou celle des marchés mondiaux, les États se révèlent incapables d'assurer à tous leurs citoyens une place humainement vivable, et qu'aucune autre institution ne vienne le faire à leur place, on peut s'attendre à un délitement accéléré du

tissu social qui se traduira rapidement par des flambées identitaires (nationalistes, régionalistes, fondamentalistes, racistes ou xénophobes) et une insécurité publique (délinquance, drogue, etc.) dont l'actualité nous offre déjà maints exemples.

D'interrogations enfin, car la question se pose de savoir si, et comment, les États seront capables de réaffirmer leur rôle de garant du long terme. Il n'est pas sûr tout d'abord que l'État, qui n'est pas une catégorie juridique éternelle et universelle, mais un produit relativement récent de l'histoire occidentale, soit encore capable d'une métamorphose semblable à celle qui a donné naissance à l'État-providence. L'hypothèse a été émise, appuyée sur une forte analyse historique, que nos sociétés se dirigeraient vers des formes inédites de reféodalisation[12]. À s'en tenir au cadre juridique européen actuel, les États n'ont plus le monopole de la définition de l'intérêt général ; ils doivent compter d'une part avec les instances communautaires et d'autre part avec les partenaires sociaux, qui se sont vu, à des titres différents, reconnaître le droit de dire le droit.

Dès lors, une réflexion prospective sur la réévaluation du rôle de l'État pourrait être développée sur deux plans, l'un procédural, l'autre substantiel.

Approche procédurale

L'approche procédurale est inévitable dès lors que l'on admet d'une part que l'État demeure le garant sur le long terme de l'intérêt général et d'autre part qu'il n'a pas, dans une société complexe, les moyens de définir seul en quoi consiste cet intérêt général. Ce dilemme se pose à chaque fois qu'il s'agit de sauvegarder des biens communs non quantifiables, lesquels échappent par définition à la fonction de coordination par les prix que remplissent les marchés. Tel est le cas par exemple de la protection de la nature, de l'éducation ou de la santé, du potentiel de créativité des sans-emploi, bref des conditions non marchandes du bien-être individuel et collectif. Les techniques purement administratives et réglementaires ont montré depuis longtemps leur difficulté, et parfois leur incapacité à préserver ces valeurs non marchandes. Les solutions néocorporatistes, qui ont consisté à faire de la définition du bien commun un objet de négociation avec des groupes intermédiaires, conduisent à une impasse ; car l'intérêt général ne peut être le produit d'un marchandage entre représentants d'intérêts particuliers. Les groupes les plus puissants et les mieux organisés tendent à imposer leur propre conception du bien commun, c'est-à-dire à faire prévaloir leurs propres intérêts.

Cet épuisement des arrangements néocorporatistes éclaire ce que, sans doute trop rapidement, on appelle aujourd'hui le mouvement de retrait de l'État. Ce mouvement est en réalité ambivalent. Si l'État se dégage du marchandage avec les groupes intermédiaires, s'il renonce à son rôle de cogérant du social, c'est aussi, dans certains cas du moins, pour réaffirmer et mieux remplir sa mission de garant de l'intérêt général. Les divers tâtonnements qui président à la réorganisation des services publics illustrent cette recherche d'un dépassement du modèle néocorporatiste. L'État s'est rarement borné à céder aux puissances privées la gestion de tel ou tel service. Il l'a fait en fixant un cadre juridique destiné à garantir le respect de l'intérêt général dans la prestation de ces services, et en créant des institutions *ad hoc* (agences dites de régulation) censées être indépendantes à la fois de lui-même et des entreprises prestataires.

L'État voit ainsi sa place réévaluée, et la primauté de la loi sur la convention refondée. C'est la loi qui fixe au système ses grands objectifs. Mais cette prééminence se paie d'un certain retrait de l'État dans la mise en œuvre des objectifs ainsi fixés. Car cette mise en œuvre est tout entière enfermée dans une logique conventionnelle. La convention n'apparaît plus ni comme un simple mode de règlement des relations entre les parties, ni comme un mode alternatif de réglementation, mais comme un instrument juridique d'association des parties à la poursuite des objectifs de service public fixés par la loi (voir chap. IV). Dans ce travail d'appropriation de l'intérêt général par les individus et les groupes intermédiaires, l'expertise confiée à des agences indépendantes joue le rôle d'un étalon de mesure objectif, d'un langage commun à l'État et aux particuliers. Un tel langage commun est indispensable en effet dès lors que l'État d'une part s'affirme comme garant de l'intérêt général (rompant avec les pratiques néocorporatistes) mais admet d'autre part son impuissance à réaliser seul cet intérêt général.

Le point nouveau, qui est aussi le point faible, de ce modèle émergent, est le rôle confié à l'expertise. Les agences dites de régulation (comités d'éthique, hauts conseils, autorités indépendantes, etc.) courent en effet deux risques que la pratique n'est pas parvenue encore à surmonter pleinement. Le premier est que la science prêtée aux experts ne puisse jamais être autre chose que le manteau neuf d'une idéologie ou d'une autre ; le second est que ces agences ne deviennent des lieux de marchandage entre les intérêts des groupes d'intérêts (lobbies) qui y seraient indirectement représentés par les experts.

Approche substantielle

Les États, et à son niveau l'Union européenne, ne peuvent se borner à organiser des règles de procédure permettant la participation des individus et des groupes intermédiaires à la définition et à la mise en œuvre des intérêts généraux dont ils ont la charge. Il leur incombe également de fixer les principes de base qui doivent guider cette définition et de garantir aux individus et aux groupes les droits sociaux fondamentaux.

C'est dans cette perspective qu'a été adoptée la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Plus récemment, le traité d'Amsterdam a repris à son compte « les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

Un pas décisif sera ainsi franchi dans la voie de la « constitutionnalisation » au niveau communautaire des droits sociaux fondamentaux. La nécessité d'une telle constitutionnalisation a déjà été démontrée par de nombreux travaux antérieurs[13], et il ne nous a pas paru utile de développer ce point dans le cadre du présent rapport.

En revanche, il nous semble que la notion de citoyenneté européenne introduite par le traité de Maastricht pourrait constituer un cadre utile pour la mise en œuvre au plan individuel des droits sociaux ainsi proclamés. Aux termes mêmes de l'article 8E du traité CE, la citoyenneté de l'Union européenne se présente comme une notion évolutive, susceptible de s'enrichir de droits (ou de devoirs) nouveaux excédant les dispositions restreintes adoptées à Maastricht[14]. Il n'est pas sûr que son volet politique puisse jamais se développer beaucoup, tant il se trouve bridé par la réaffirmation des souverainetés nationales[15]. En revanche, son volet « social » (généralisation de la libre circulation et de séjour, initialement conférée aux seuls travailleurs), qui serait mieux dit « socio-économique », se trouve situé d'emblée dans la dynamique communautaire. Il représente donc un terreau fertile où développer la citoyenneté de l'Union, comme citoyenneté sociale.

Comme la citoyenneté politique, la citoyenneté sociale peut être définie comme une égalité de droits et de responsabilités, et ce qui change, de l'une à l'autre, est seulement la nature de ces droits et responsabilités : politique dans un cas ; socio-économique dans l'autre.

Participerait certainement de la citoyenneté sociale ainsi définie l'accès égal à des services d'intérêt général de qualité (et non pas conçus en termes de minima universels). Ces services, dont la liste est affaire de délibération

politique, doivent notamment inclure la santé et la sécurité, l'éducation et la formation, les fluides indispensables à la vie (eau, énergie). La nature juridique (privée ou publique) des prestataires est indifférente dès lors qu'ils sont soumis à un cadre juridique commun qui garantit la qualité des services qu'ils rendent et leur égale accessibilité à tous les citoyens. Ces exigences de continuité, d'égalité et de qualité du service rendu justifient certaines limites au droit de la concurrence, ainsi qu'il résulte de l'article 90 du traité, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice[16].

Participerait également de la citoyenneté sociale la reconnaissance d'une liberté professionnelle qui ne devrait pas s'entendre seulement comme liberté formelle, mais comme chance offerte à chacun de pouvoir vivre d'un travail qui exprime au mieux ses aspirations et ses talents propres. Cette garantie ne devrait pas être confondue avec un droit à l'emploi, qui vise le seul travail salarié, mais englober toutes les formes, dépendantes et indépendantes, marchandes et non marchandes, publiques ou privées, d'activités conduites au service d'autrui. Elle engloberait également une approche concrète de la liberté d'entreprendre. Cette approche concrète de la liberté professionnelle impliquerait notamment des droits à formation permanente (ainsi qu'il est prescrit dans les lignes directrices de la politique de l'emploi adoptées à Luxembourg en novembre 1997). Concernant le travail salarié, la liberté du travail impliquerait également des droits spécifiques dans l'entreprise, notamment des droits à participation et à représentation. D'une manière générale en effet, et ainsi qu'il a été souligné à maintes reprises dans le présent rapport, il convient de ne pas séparer la reconnaissance des droits et celle des responsabilités : la citoyenneté sociale impliquerait des responsabilités qui ne pourraient être exercées que sur la base de droits garantis par la puissance publique.

Il y a cependant des raisons de douter que la notion de citoyenneté sociale soit un cadre suffisant pour développer un modèle social également respectueux des valeurs de liberté, d'égalité et de solidarité. Cette notion exclut en effet en principe du cercle social qu'elle définit les non-citoyens (*i.e.* les ressortissants non communautaires), et contredit de ce point de vue le caractère universel des valeurs qu'elle abrite. Fonder par exemple la libre circulation sur la citoyenneté européenne, et non plus sur la qualité de travailleur, conduirait à refuser la libre circulation aux travailleurs étrangers régulièrement installés dans l'un des pays membres. Le cercle des droits de l'homme au travail et celui de la citoyenneté ne se confondent pas nécessairement, et faire reposer sur la citoyenneté les droits de l'homme au travail pourrait conduire à en exclure les travailleurs extra-

communautaires, dont le nombre déjà important ne pourra que s'accroître compte tenu des perspectives démographiques et économiques respectives des pays européens et de leurs voisins du Sud ou de l'Est. C'est la raison pour laquelle la réflexion prospective sur la citoyenneté sociale européenne ne saurait dispenser de l'affirmation et de l'approfondissement des droits sociaux fondamentaux au niveau communautaire.

Chapitre VI

Transformations du travail, travail des femmes et futur du droit du travail

Les importantes transformations survenues au sein des relations de travail et celles, encore plus importantes, que l'on augure pour la décennie à venir, entraînent – ou peuvent entraîner – des conséquences de grande envergure pour le travail des femmes, aussi fondamentales que celles que produisit, à son époque, l'industrialisation.

Parmi les mutations structurelles qu'ont connues les marchés du travail européens, une des plus importantes est celle due à l'incorporation croissante, depuis plus de trente ans, des femmes, fait particulièrement notable dans les pays nordiques et au Royaume-Uni. Ce phénomène a fait que, à l'occasion des débats sur l'emploi et l'aggravation du chômage au sein des sociétés européennes, on a eu tendance à tenir pour responsable de cette aggravation, en partie du moins, la croissance de la participation féminine à l'emploi salarié. À son tour, ce fait a entraîné peu à peu, quoique non sans réticences, l'adaptation des postulats traditionnels et l'introduction d'approches nouvelles de l'aménagement des relations de travail – et ce avec des difficultés encore plus grandes de mise en œuvre –, tendant à une égalité progressive des hommes et des femmes.

La nécessité d'apporter des réponses aux mutations des marchés du travail et au sein de l'emploi, à partir d'aménagements du travail, renouvelle la réflexion sur le travail des femmes dans l'optique de l'évolution de la politique sociale européenne. L'approbation récente du traité d'Amsterdam et des directives 97/80/CE et 97/81/CE, du Conseil, toutes deux en date du 15 décembre 1997, relatives, la première à la charge de la preuve dans les cas de discrimination en raison du sexe, et la seconde

à l'Accord cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, ainsi que les programmes successifs d'action communautaire de la Commission européenne en faveur de l'égalité des chances entre hommes et femmes, viennent confirmer la nécessité de cette réflexion.

Du reste, les propositions et les orientations qui ressortent de nos travaux sont formulées en tenant compte de leur incidence sur l'objectif européen de l'égalité des chances, conformément aux dispositions de l'article 3 du traité d'Amsterdam et les recommandations du Parlement européen[1].

L'évolution du travail des femmes en Europe : travail reproductif et travail marchand

L'analyse des relations des femmes avec le travail et de leur cadre juridique exige un recul historique.

Naissance et consolidation des sociétés industrielles : travail productif masculin et reproductif féminin

Il est notoire que l'organisation du monde productif, surgie de la profonde mutation découlant de l'apparition de la société industrielle, au sein de laquelle se produit initialement une incorporation massive des femmes et des enfants au travail productif de marché dans des conditions dépourvues de réglementation légale et la plupart du temps pénibles, s'est appuyée sur un modèle social de distribution du travail selon les sexes : les hommes s'occuperaient de ce que l'on connaît comme les tâches « productives », dans le domaine public et publico-privé des entreprises, au travers d'une relation de travail salarié et dans des conditions contractuelles toujours plus réglementées, moyennant un droit du travail en développement et grâce à la négociation collective entre les partenaires sociaux. De leur côté, les femmes s'occuperaient, elles, des tâches appelées « reproductives », dans le domaine privé de la vie familiale, régies par le droit civil, très peu réglementées et avec une maigre reconnaissance des droits des femmes et des enfants.

Les analyses des chercheurs sur les dynamiques impliquées dans le passage des sociétés à prédominance agricole à des sociétés industrielles[2] montrent que, après une première étape de réaction aux nouvelles conditions de production, les hommes non propriétaires commencèrent à s'organiser, tant politiquement que syndicalement, afin de conquérir la

reconnaissance de leurs droits civils et politiques et afin de commencer à établir leurs droits sociaux. Les thèses de Marshall[3] concernant la constitution progressive, le développement et l'extension des droits constituent une analyse très pertinente en ce sens.

Ce processus d'inclusion et de reconnaissance croissante des droits ne fut pas le même pour les hommes que pour les femmes. La consolidation de ce modèle supposa le retrait (ou l'expulsion) majoritaire des femmes du marché du travail et leur confinement au domaine privé, dans le cadre d'une transformation progressive du modèle familial, passant de la famille étendue, caractéristique des sociétés agricoles, à la famille nucléaire, le modèle dominant au sein des sociétés industrielles.

Nonobstant cet aménagement social, on constate une présence importante de femmes dans certaines branches de l'activité industrielle, telles que le textile ou l'alimentation, en général en tant que main-d'œuvre peu qualifiée et sur des postes de travail à bas niveau de rémunérations. Lors des périodes de guerre, les femmes occupèrent, provisoirement, une infinité de postes de travail laissés vacants par les hommes, sans pour autant se voir libérées de la charge d'assumer en outre les responsabilités familiales. D'autre part, le travail au foyer a, lui, toujours existé, activité historiquement féminisée, à la réglementation faible et tardive et au contrôle toujours difficile.

La logique législative de cette période initiale préfordiste, en ce qui concernait le travail des femmes, fut d'inspiration paternaliste et « protectionniste », en grande partie centrée sur leur rôle reproductif (mesures de protection face aux travaux insalubres ou supposant un gros effort physique, prohibition du travail nocturne, etc.), comme l'illustrent les premières conventions du BIT.

Le droit du travail se développa pour beaucoup en prenant pour figure centrale de la relation contractuelle de travail subordonné – le contrat de travail – un travailleur masculin, du secteur industriel, d'abord à temps plein puis, progressivement, à durée indéterminée, responsable de l'entretien économique d'une famille. Malgré ses diversités nationales, la construction juridique commune européenne du droit du travail s'est faite autour de ce modèle d'emploi masculin. La reconnaissance postérieure de l'égalité formelle entre hommes et femmes face à la loi fut plus une conséquence de l'extension de la doctrine déjà créée, en l'élargissant aux femmes, qu'une prise en compte de caractéristiques spécifiques des uns et des autres dans le cadre d'une division sociale du travail que personne ne songea à remettre en question et qui, par conséquent, ne donna jamais lieu à de véritables innovations juridiques. C'est là ce que, dans certains textes,

l'on a baptisé du nom de perspective « égalitariste » du droit, et que, avec des corrections modernisantes tendant à l'élimination des inégalités, l'on voit resurgir au sein des textes les plus récents (art. 6A, 2 et 3 du traité CE, modifiés par le traité d'Amsterdam, art. 13, 2 et 3 dans leur nouvelle numérotation).

Corrélativement au modèle industriel fordiste d'organisation du travail, l'apparition et le développement des États-providence (avec leurs variantes nationales, mais dans tous les cas fondés sur l'intervention active de l'État dans la réglementation des relations sociales) donnèrent lieu à de nouvelles opportunités d'emploi pour les femmes au sein des services publics d'éducation et de santé. Dans l'éducation surtout, à des niveaux primaires, plus liés au rôle maternel ; dans la santé, à des postes subordonnés de soutien à des activités professionnelles plus hiérarchisées et, en général, masculinisées. En même temps, l'augmentation du volume des tâches administratives, tant dans le secteur public que dans le privé, offrit alors des opportunités d'emploi aux femmes, ces dernières venant occuper en général des postes de travail et des catégories professionnelles de bas niveau.

Le fait que le processus d'accès des femmes à l'enseignement ait été plus tardif que celui des hommes et se soit souvent opéré dans des filières restreignant les options d'insertion sur le marché du travail, joua un rôle important dans les modalités d'insertion et de participation des femmes au travail.

De cette façon, les femmes s'incorporèrent progressivement à un monde du travail fortement masculinisé, tant dans la définition des droits que s'agissant des partenaires sociaux prenant part à la négociation collective et à l'organisation quotidienne du travail. À tort ou à raison, ces activités de femmes tendirent alors à être conceptualisées socialement comme supplémentaires, par rapport à ce que l'on considérait alors comme leur activité principale : la reproduction familiale. En conséquence, leurs salaires étaient tenus pour complémentaires de ceux des chefs de famille (les hommes).

À partir des années soixante s'amorce, de façon généralisée en Europe, un accès croissant des femmes au système scolaire et universitaire. Elles accèdent par là à une qualification plus élevée et à une certaine diversification en vue de leur insertion sur le marché du travail, ainsi qu'à des instruments pour l'analyse des relations sociales au sein desquelles elles sont immergées, ce qui les dote d'une capacité sans cesse accrue de remise en question et de revendication.

Transformations productives et technologiques et incorporation progressive de la main-d'œuvre féminine au marché du travail européen

Au cours des années soixante-dix convergent plusieurs phénomènes sociaux, parmi lesquels on remarque les prémisses d'une nouvelle mutation productive, avec un poids croissant du secteur tertiaire par rapport au secteur industriel (en majorité masculin) et avec l'émergence de nouvelles activités encore dépourvues de réglementation : une hétérogénéité croissante des structures familiales (familles monoparentales, mères célibataires, familles recomposées, etc.), qui indique la tendance à une nouvelle transformation, peut-être équivalente au passage de la famille étendue à la famille nucléaire ; une formation des femmes plus élevée et, par conséquent, leur présence croissante sur le marché du travail, en particulier dans les services car, traditionnellement, le taux d'activité est plus étroitement lié à la formation chez les femmes que chez les hommes ; un changement important de la gestion domestique, comme conséquence du développement des services publics qui assument certaines des tâches autrefois reléguées au foyer (crèches, hôpitaux, maisons de retraite) et des activités privées de distribution de biens et services qui se substituent à l'économie domestique, ainsi que l'expansion d'une technologie du foyer qui permet (au moins en puissance) de nouvelles formes d'organisation du temps ; l'émergence des mouvements de femmes qui, sous des formes et à des degrés divers, commencent à remettre en question certains aspects de la division sociale du travail prédominante et des conditions d'insertion des femmes sur le marché du travail.

Sous l'influence de ces différents facteurs, des femmes possédant une meilleure formation qu'auparavant commencent à entrer de façon massive sur le marché du travail, de préférence au sein du secteur tertiaire émergent, juste au moment où s'amorce aussi une transformation croissante des réglementations et des cadres de travail (processus ou politiques de flexibilité), à la suite des transformations productives et technologiques. Cela fournit, sans l'ombre d'un doute, de nouvelles opportunités professionnelles aux femmes qui se voient en outre confrontées à une nécessité croissante d'apport de revenus, soit pour l'entretien du foyer, soit pour se garantir la disposition de ressources propres face aux mutations des structures familiales. Se produit alors une certaine féminisation du secteur public, l'insertion professionnelle des femmes se diversifiant au sein de ce dernier. De même, la place des femmes s'accroît au sein du secteur privé, essentiellement dans les

services, avec une tendance à la concentration sur des activités et des postes de travail déterminés.

Toutefois, le modèle social de division du travail ne se voit pas, lui, modifié dans la même proportion : tout en participant au marché du travail, les femmes demeurent encore les principales responsables des tâches « reproductives » de la société. C'est le phénomène de la « journée double », du temps de travail et du « non-travail », même si ce dernier, occupé par les tâches reproductives, représente une charge de travail réelle, qui suppose une concurrence déloyale entre hommes et femmes sur le marché du travail, par-delà la reconnaissance de leur égalité formelle sur le plan légal. Ce phénomène s'ajoute au fait que les femmes viennent s'insérer dans un espace social et dans un temps de travail jusqu'alors traditionnellement masculins.

La possibilité d'une vie professionnelle, malgré cette double charge, s'est vue soutenue, dans une certaine mesure, par l'existence et le développement de services sociaux publics, ainsi que par l'introduction de certaines dispositions légales, tendant à éliminer diverses entraves professionnelles affectant les femmes (congé de maternité, d'allaitement, pour le soin aux membres de la famille malades, etc., certains de ces congés d'ailleurs indistinctement disponibles pour les hommes et les femmes).

C'est au cours de cette étape que commence à se développer le concept de « discrimination positive » (se référant à l'origine aux problèmes d'insertion des minorités noires aux États-Unis), qui vise à l'établissement de mesures correctrices des inégalités structurelles de fait, possédant leurs racines dans le passé mais se perpétuant dans le présent. Dans le cas des femmes, les mesures initialement dites de « discrimination positive » s'efforcent de pallier ou d'atténuer les chances inégales d'insertion et de développement sur le marché du travail, conséquences du modèle traditionnel de division sociale du travail, qui continue de graviter autour de la conceptualisation et la réglementation de l'ordre social dans son ensemble.

De nos jours, le contexte est celui d'une nouvelle mutation productive et technologique, qui engendre de nouvelles formes d'organisation du travail (postfordistes), au sein d'une diversité de modèles productifs coexistants et de certaines tendances en nette émergence, parmi lesquelles on peut détacher la variété des figures contractuelles de travail, le recours au travail indépendant (vrai et feint), la sous-embauche et l'externalisation de la main-d'œuvre. Cela donne lieu à de nouvelles configurations des relations de travail, très disparates, et, partant, à la « flexibilisation » des

relations contractuelles de travail. Les femmes se voient offrir une opportunité d'insertion sur le marché du travail au moment où s'exercent des pressions contraires à la réglementation et/ou déréglementant les conditions de travail, comme ce fut le cas lors des premiers temps de la configuration de la société industrielle au XIXe siècle.

Femmes et évolution future du droit du travail

Changements du contrat de travail, embauche atypique et travail indépendant

Les nouvelles formes et relations contractuelles de travail ou les modalités atypiques d'embauche (contrats à temps partiel, contrats saisonniers et entreprises de travail temporaire, travail à domicile et télétravail) affectent particulièrement les femmes. Il est important de prendre la mesure des discriminations sexuelles qui affectent les nouvelles modalités « atypiques » d'embauche et d'organisation du travail, afin de déterminer quel est leur impact, et quel est le niveau de protection réel que les droits du travail et de la Sécurité sociale assurent au travail féminin.

Cependant, la flexibilisation du marché du travail ouvre, en même temps, de nouvelles perspectives d'emploi aux femmes, lesquelles font preuve d'une plus grande capacité d'adaptation aux pires conditions de travail et aux pires emplois (emplois des « nouveaux gisements » ou du « second marché du travail »), même si cela se produit bien souvent dans un environnement de travail économique et social en phase de détérioration.

Cela implique – ou peut impliquer dans bien des cas – qu'un nombre plus élevé de femmes s'incorporent au marché du travail, même si elles le font avec plus de difficultés pour accéder en même temps aux droits et aux prestations sociales établies et réglementées par un droit du travail conçu pour la société industrielle et pour le contrat de travail traditionnel.

Les politiques de « flexibilisation », avec leur exigence croissante en matière d'initiative et d'autonomie, de compétences, de qualification, d'adaptation et de disponibilité des travailleurs, placent les femmes à une nouvelle croisée des chemins : soit elles renoncent à leur développement professionnel (en quittant le marché du travail ou en se contentant des postes du bas de l'échelle et sans possibilité de développement, outre des contrats temporaires et précaires), soit elles renoncent à leurs

responsabilités familiales. La chute des taux de mariage et de la natalité, leur retard dans le temps, les ruptures des familles constituées ne sont pas étrangères à cette décision présentée, perçue et vécue dans bien des cas comme une alternative. Si la flexibilisation se traduit par de plus vastes exigences en matière d'autonomie et de disponibilité, elle peut impliquer une charge de travail plus lourde pour les femmes, qui apparaît incompatible avec leurs responsabilités familiales, au moins tant que ces dernières ne seront pas partagées plus largement et de façon plus égalitaire par les hommes et par l'ensemble de la société, au travers des services publics.

D'autre part, la distribution plus équitable des responsabilités familiales, dans le cadre des exigences croissantes d'implication et de disponibilité, peut se révéler impossible, tant pour les femmes que pour les hommes, sauf à payer le prix d'une subordination plus forte et de la précarisation du travail des deux sexes, cela se traduisant par un accroissement de leur insécurité personnelle. Un nouvel aménagement social et légal du monde productif qui ne remettrait pas en question le vieux modèle social de division sexuelle du travail continuerait de discriminer les femmes face à l'indépendance économique et à la carrière professionnelle et les hommes face au développement de leurs relations affectives et familiales.

Un modèle de répartition du temps de travail entre hommes et femmes, avec la préservation des temps personnels de chacun, et sans que cela se traduise par une perte des droits sociaux, constitue une ligne d'action d'intérêt notable en ce sens (voir chapitre III). Si le travail temporaire et à temps partiel n'est pas investi de la reconnaissance et de la préservation des droits du travail et sociaux, s'il signifie la perte de toute possibilité de développement professionnel, s'il porte atteinte au niveau de rémunération et à l'obtention de prestations de la Sécurité sociale et a pour conséquence le renforcement des liens de dépendance économique, alors les femmes auront réussi à accéder au marché du travail, mais elles demeureront dans une situation d'inégalité et de minorité sociale.

Maintenir le champ d'application et le contenu actuel du droit du travail sans tenir compte des nouvelles formes d'emploi (et notamment du travail semi-indépendant) pourrait se révéler particulièrement pernicieux pour les femmes. Continuer à identifier le droit du travail au modèle industriel qui lui a donné naissance conduirait à réserver sa protection à un noyau de travailleurs tous les jours plus réduit et accélérerait la segmentation du marché du travail.

Dans ces conditions, le cadre juridico-professionnel pourrait alors jouer le rôle d'un mécanisme d'exclusion au lieu de favoriser l'adaptabilité face aux mutations, ainsi que l'intégration et la promotion sociale.

Étant encore minoritaires sur le marché du travail (le taux d'activité des femmes s'élève à 45 % pour l'ensemble de l'Union européenne, face aux 66,2 % des hommes, avec des répartitions inégales selon les pays), les femmes se voient affectées par le chômage dans une proportion plus forte que les hommes, sauf dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, ainsi que le confirment les chiffres les plus récents d'Eurostat.

Dans le cas espagnol, pays où le taux d'activité féminine n'atteint que 35,4 % (face aux 61,9 % du taux d'activité masculine), et si l'on considère l'augmentation nette de la participation des femmes au monde du travail au cours de la période 1976-1996 (62 %), il n'est pas exagéré d'affirmer que pratiquement les trois quarts des nouveaux effectifs féminins sont partis engraisser les chiffres du chômage féminin. En outre, les femmes jeunes connaissent plus de difficultés que les hommes jeunes pour accéder à un premier emploi, notamment en raison de la croyance (statistiquement non fondée) selon laquelle les femmes font preuve de moins de productivité, d'un absentéisme plus fort et entraînent un coût économique découlant de la répercussion sur leur travail de leurs responsabilités familiales.

Si l'on étudie la répartition des emplois entre hommes et femmes au sein des entreprises, le cas de l'Espagne est très révélateur : il n'existe aucune corrélation entre l'effort de formation réalisé par les femmes au cours des dernières décennies et leur accès à l'emploi ainsi que leur situation au sein des systèmes d'encadrement professionnel.

Les politiques d'emploi des États et les politiques structurales communautaires se doivent de prendre des mesures spécifiques d'égalité des chances, relativement aux facteurs socio-économiques affectant spécifiquement les femmes, en accord avec « les lignes directrices sur l'emploi » adoptées par le Conseil de Luxembourg en décembre 1997.

La discontinuité de l'emploi et la continuité du statut professionnel chez les femmes : la nécessité d'actions positives ; la persistance de la discrimination de la rémunération

L'instabilité de l'emploi affecte de façon particulière les femmes, et ce sont elles qui ont toujours le plus souffert des problèmes de discontinuité des trajectoires professionnelles. Dans bien des cas, les travailleuses se voient affectées par des causes spécifiques de licenciement, liées à leur grossesse et leur maternité (sous couvert d'autres motifs) ; elles font l'objet de pressions afin de regagner leur poste de travail avant la fin de la période de repos légalement prévue et/ou éprouvent des difficultés à retrouver les conditions d'emploi préalables à leur départ en congé.

Le droit du travail doit toujours tenir compte du principe d'égalité entre hommes et femmes, en respectant leur spécificité, en prenant aussi en compte le cycle vital et les tâches reproductives, de telle façon que le développement professionnel ne s'en trouve pas pénalisé en raison de ses interruptions pour des motifs de maternité, d'adoption ou de soins aux enfants et aux membres de la famille, avec les répercussions qui en découlent sur l'accès aux droits de protection sociale à construction contributive. Le problème central réside dans la recherche et la découverte de mécanismes susceptibles de rendre cette discontinuité-instabilité des carrières professionnelles des travailleuses compatible avec leur retour sur le marché du travail et le maintien d'un statut professionnel, caractérisé par l'attribution de droits du travail et de la protection sociale ; de rendre compatibles, en définitive, le travail et la vie familiale, en conciliant la diversité et la continuité du cycle professionnel.

D'autre part, certains emplois ont été traditionnellement associés aux femmes, en tant que prolongation externe des activités qu'elles avaient jusqu'alors assumées au sein de la sphère domestique : les tâches liées à la santé et aux soins des malades, la garde d'enfants et la toute première éducation, le service domestique, les activités de ménage, la cuisine, etc. C'est ce qui a donné lieu à la « ségrégation professionnelle », fondée sur des stéréotypes de sexe, qui entravent la diversification professionnelle des femmes et majorent leur part dans l'emploi atypique. Cette discrimination est en outre la cause de discriminations salariales indirectes difficiles à prouver. La majorité du travail à domicile et le télétravail, concentrés sur l'exercice d'activités à faible qualification et mal rémunérées, sont accomplis par des femmes.

Dans ce domaine, l'intervention des États – non seulement au travers des législations du travail et de l'emploi, mais aussi au travers de l'ensemble des politiques et des actions publiques – et de la négociation collective elle-même paraît incontournable si l'on veut garantir l'interdiction des discriminations et assurer une réelle égalité des chances entre hommes et femmes face à l'accès à l'emploi et face au développement de leurs carrières professionnelles. Par exemple, par des actions positives telles que les mesures d'encouragement à l'embauche stable de femmes jeunes, l'implantation de réseaux de garderies et des écoles à horaires flexibles en accord avec les besoins du marché du travail, la facilitation de la construction et de la poursuite de leurs trajectoires professionnelles et de l'accès à la formation professionnelle continue et aux nouvelles technologies, l'encouragement à un usage effectif des droits parentaux par les hommes et les femmes (ainsi que le prévoit la directive 96/34/CE du

Conseil, du 3 juin 1996 relative à l'Accord cadre sur le congé parental souscrit par l'UNICE, le CEEP et la CES), et l'instauration de traitements préférentiels à l'embauche, la promotion de l'accès des femmes à des catégories supérieures au sein des professions où elles sont sous-représentées.

Au vu de l'inégalité des femmes dans le domaine professionnel s'est développée une doctrine de mesures d'actions positives, stimulée par la Commission des Communautés européennes. Ces mesures tendent à lutter contre cette inégalité, en éliminant les iniquités structurelles de fait et en attribuant un traitement de priorité ou préférentiel en leur faveur afin d'atteindre une égalité réelle de chances entre hommes et femmes.

Cependant, nous nous trouvons là face à un débat ouvert, celui de la légitimité et de l'opportunité des politiques législatives de discrimination positive. Un exemple significatif de ce débat a été l'arrêt Kalanke, du tribunal de justice des Communautés européennes, du 17 octobre 1995[4], et les réactions et critiques suscitées par l'interprétation et l'application du droit communautaire – art. 2.4 de la directive 76/207/CEE – retenue par cette décision de justice. L'arrêt Marshall, du 11 novembre 1997[5], révise en partie l'interprétation de l'arrêt Kalanke, puisque la Cour estime compatible avec la directive 76/207/CEE « l'établissement d'une préférence en faveur des femmes en cas de promotion, à égalité de qualification, à savoir une inégalité de traitement affectant le résultat », à la condition que cette préférence ne soit ni absolue ni inconditionnelle[6].

En tant que principe du droit communautaire, l'égalité des chances est maintenant reprise au sein du traité d'Amsterdam (art. 119.4 TCE, nouvel art. 141.4 du traité d'Amsterdam). Sa formulation est encore timide et revêt un certain caractère d'exception, car elle ne vise qu'à rendre compatibles avec le droit communautaire les politiques législatives d'action positive des États membres sans imposer à ces derniers des objectifs ayant force obligatoire, ni l'adoption de mesures visant à sa réalisation. Toutefois, le nouvel article 6A du traité CE (art. 13 dans la numérotation du traité d'Amsterdam) investit le Conseil du pouvoir d'adopter « les mesures nécessaires pour combattre toute discrimination fondée sur le sexe … » L'objet de l'égalité des chances consiste à « garantir la pleine égalité entre hommes et femmes au sein de la vie professionnelle », ainsi, selon la nouvelle formulation de l'article 119.4 du TCE (art. 141.4 du traité d'Amsterdam) : « le principe d'égalité de traitement n'empêchera aucun des États membres de maintenir ou d'adopter des mesures qui offrent des avantages concrets destinés à faciliter au sexe le moins représenté

l'exercice des activités professionnelles, ou visant à compenser les désavantages au sein des carrières professionnelles ».

La discrimination salariale et rétributive en raison du sexe persiste, malgré la reconnaissance, depuis plus de vingt ans, du principe d'égalité des salaires entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou, au sein de la nouvelle mouture du traité d'Amsterdam, « pour un travail de même valeur » (art. 119.1 TCE et directives 75/117/CEE et 72/107/CEE). Un récent rapport d'Eurostat[7] montre que l'inégalité de salaires entre hommes et femmes (la rémunération moyenne féminine par heure ordinaire de travail se situe à 84 % de l'équivalent masculin en Suède, à 73 % en France et en Espagne, et à 64 % au Royaume-Uni) s'accentue lorsqu'on atteint les rétributions correspondant à des qualifications plus élevées et au sein de groupes plus âgés et mieux préparés professionnellement. En moyenne, toujours selon les chiffres d'Eurostat, les différences de rétribution entre hommes et femmes possédant un niveau d'éducation comparable et occupant un même poste de travail dans la même industrie ou le même secteur d'activité atteignaient, en 1995, 13 % en Suède, 22 % en Espagne, 23 % en France et presque 25 % au Royaume-Uni.

Les problèmes du « temps de travail » des femmes

On sait que le modèle de référence d'un temps de travail relativement stable et homogène (cadre hebdomadaire de référence, temps collectif, etc.) perd lui aussi de sa force, en particulier sous les coups conjugués du développement des services, de l'introduction de nouvelles technologies (tout spécialement celles de l'information et de la communication), de la concurrence de marchés tous les jours plus ouverts, de la modification du comportement des travailleurs eux-mêmes face au temps et des nouvelles exigences des consommateurs (voir chapitre III). La flexibilisation du temps de travail vise avant tout à l'adapter aux besoins de l'entreprise. Mais elle sert aussi la satisfaction d'intérêts tout autres. La valeur de l'hétérogénéité et, le cas échéant, de l'individualisation s'oppose avec toujours plus de force à l'uniformité antérieure et à l'homogénéité formelle des horaires de travail.

Le fonctionnement traditionnel du temps de travail du taylorisme/fordisme, scientifiquement uniforme, même si cette uniformité rigide acceptait des dérogations – selon les particularités des entreprises – et des pratiques informelles, s'adaptait bien aux hommes, mais plaçait les femmes en position d'exclusion ou de relégation sur le marché du travail.

La détermination du temps de travail reposait sur un concept de référence masculine, en contrepoint du temps reproductif féminin. La prohibition du travail nocturne des femmes illustre particulièrement bien cette conception masculine du temps de travail.

Les exigences d'adaptation flexible du temps de travail, si elles sont partagées par les travailleurs, se révèlent profitables aux possibilités de travail des femmes en permettant un meilleur exercice de leurs préférences individuelles et de leur capacité de contrôle sur leurs propres conditions de travail. Elles peuvent aussi se heurter, à terme, avec les charges familiales – à savoir cet autre temps de travail reproductif qui, aux yeux du droit du travail, n'a aucune importance –, en ayant des effets pernicieux sur elles-mêmes et leurs possibilités d'emploi et de promotion professionnelle, dans la mesure où subsiste le modèle social de division du travail traditionnel, à travers lequel on leur confie le gros des responsabilités familiales. Il est possible que, avec de telles conditions sociales, l'autorisation du travail nocturne des femmes, donnée par l'arrêt Stoeckel du 25 juillet 1991[8], la flexibilisation et l'irrégularité des horaires (par exemple du week-end) et l'intensification des rythmes de travail en fonction du comportement du marché et des nécessités de rentabilisation des biens du capital viennent aggraver ces conséquences négatives. Pour le reste, un changement en profondeur vers la coresponsabilisation familiale semble impossible si ne survient pas en même temps une mutation comparable au sein de l'ensemble des services.

La nouvelle hétérogénéité du temps de travail a ainsi des répercussions directes sur l'organisation temporelle sur laquelle est fondé l'ensemble de la vie sociale (système scolaire, transports, loisirs), et soulève des questions cruciales de nature et de portée différentes. Comment organiser les temps professionnels, familiaux et personnels au sein d'un contexte aux exigences sans cesse croissantes de disponibilité envers le travail marchand ?

D'autre part, la crise de la famille nucléaire traditionnelle et l'émergence de formes hétérogènes d'organisation familiale posent un ensemble de problèmes que le droit du travail et la réglementation de la protection sociale se doivent de prendre en compte, étant donné ce que cela suppose en matière de rupture avec les anciens modèles d'organisation sociale.

Les politiques et les pratiques de réduction et d'aménagement du temps de travail dans les différents pays sont fortement dépendantes de leurs traditions juridiques et culturelles. En Hollande et dans les pays nordiques, le travail à temps partiel s'inscrit dans une culture du temps choisi qui

permet une meilleure conciliation entre l'activité professionnelle et la vie familiale et qui se présente, ainsi, comme une formule adaptée à la prestation contractuelle du travail féminin. Toutefois, et selon des recherches réalisées par Eurostat au sein de l'ensemble des États membres de l'UE (où le taux de travail à temps partiel au sein du travail féminin se situe aux alentours de 32 %, alors qu'il n'atteint que 5 % pour les travailleurs masculins), un fort pourcentage de femmes qui travaillent actuellement à temps partiel déclarent que ce fait ne résulte pas d'un libre choix mais que c'est la conséquence de ce que leur offre le marché du travail et ses conditions présentes ; et que, si elles avaient la possibilité de travailler à temps complet, elles le feraient. En outre, le travail à temps partiel contribue à accentuer les inégalités en matière de salaires entre hommes et femmes, étant donné la moindre rémunération horaire du travail à temps partiel par rapport au travail à temps complet (proportion estimée à 85 % en Suède, 71 % en France, 69 % en Espagne, et 60 % au Royaume-Uni), sans que, du reste, cela contribue pour le moment à une redistribution équilibrée des responsabilités familiales[9].

En Espagne, le travail à temps partiel, même s'il a notablement progressé au cours des dernières années, à la suite de la politique législative visant à sa flexibilisation et facilitation, n'atteint pas pour autant la même importance que dans les autres pays de l'UE. Il affecte en proportion beaucoup plus élevée les femmes (67 %) que les hommes – bien que, pour ces derniers, la croissance des deux dernières années ait été significative, spécialement chez les jeunes. En raison des encouragements à l'emploi précaire ou saisonnier (charges salariales et cotisations sociales réduites), les jeunes se voient dans l'obligation de recourir à cette modalité contractuelle. Selon les chiffres du Rapport du Conseil économique et social sur *Le Travail à temps partiel*[10], dans le cas des hommes, la plus forte proportion de travail à temps partiel se concentre sur le secteur agricole, l'hôtellerie, le commerce de détail et l'éducation. L'emploi à temps partiel des femmes se répartit entre le service domestique (un peu plus de 50 %), les services d'entreprises et les activités récréatives, culturelles et sportives (12 %), l'hôtellerie et les services personnels (11 %), l'éducation (9 %) et autres activités de services. Quant au temps de travail moyen du travail à temps partiel, la journée moyenne des femmes représentait, en 1995, 43 % de la journée moyenne des femmes travaillant à temps complet, alors que ce pourcentage atteignait 46 % dans le cas des hommes.

Les exigences croissantes en matière d'adaptation et la flexibilisation du temps de travail peuvent conduire à des résultats discriminatoires, car les personnes possédant un ou plusieurs enfants ou ayant d'autres personnes à charge sont sujettes à moins de flexibilité. Et cela est d'autant plus gênant pour les femmes à qui il incombe le plus souvent d'assumer le soin des enfants et des membres de la famille, même si, comme on vient de le dire, on voit aussi que des hommes, tous les jours plus nombreux, sont eux aussi affectés par ces demandes. Les évolutions en cours pourraient donc finir par replacer les femmes dans une situation de marginalisation, si ne surviennent pas les changements nécessaires de la vie sociale.

La question de la représentation collective et la participation des femmes au sein des organisations syndicales et d'entreprise et lors de la négociation collective

La participation croissante des femmes au marché du travail ne se reflète pas dans leur présence et leur participation aux organisations syndicales et d'entreprise, ni dans la conduite de la négociation collective, ce qui nous ramène, d'un côté, au problème de la représentativité et de la légitimité des partenaires sociaux, en termes de sexe et, d'autre part, à la jouissance effective des femmes de leurs droits collectifs en tant qu'instruments de participation à la vie professionnelle et sociale (voir chapitre IV).

L'origine et le développement des organisations syndicales et d'entreprise, liées au modèle fordiste de production (industriel et masculin), semblent entraver la prise en considération et l'acceptation de profondes mutations productives et, parmi celles-ci, l'incorporation croissante des femmes au marché du travail. Depuis les positions défensives qui voient dans le travail des femmes une cause du chômage et de la précarisation du marché du travail, en passant par la difficulté d'assumer la défense syndicale des intérêts et des nécessités spécifiques des femmes dans le monde du travail sans les intégrer à la négociation, jusqu'à l'absence de correspondance entre l'incorporation des femmes au monde du travail et leur présence effective lors des négociations collectives et aux postes de direction et de prise de décision des organisations collectives de représentation, les intérêts propres des femmes sont mal pris en compte.

Outre leur propre histoire, l'organisation et la culture des syndicats peuvent constituer un frein à une incorporation majeure et plus active des femmes à ces derniers. Dans la mesure où on ne prend pas acte de la persistance du vieux modèle de division sociale du travail et tant que l'on n'entreprendra pas des efforts de modification de la répartition des responsabilités familiales en termes de sexe, les activités de représentation syndicale pourraient ne signifier rien d'autre que l'ajout de nouvelles charges aux occupations et au temps de travail des femmes, rendant pratiquement impossible ou en tout cas extrêmement difficile leur exercice…

Dans les pays européens, le taux de syndicalisation des femmes est, en général, plus ou moins proportionnel à leur présence au sein de la population active, même si cette présence est notablement élevée dans

certains pays tels que la Finlande et le Danemark, ou faible en revanche dans d'autres, ainsi la France, la Grèce et les Pays-Bas. Quoi qu'il en soit, même dans les pays où la syndicalisation féminine est élevée, les femmes sont fortement sous-représentées au sein des organes de direction[11].

Cependant, au travers du développement des mouvements de femmes et des mouvements connexes, les femmes se sont dotées de nouveaux espaces de participation qui peuvent contribuer à une présence plus forte au sein des différentes sphères de prises de décision. Une des nécessités auxquelles se voient confrontés les syndicats et les organisations patronales est celle d'incorporer ces mouvements sociaux, tant au sein de leur structure que lors de l'exercice de leur action de représentation.

Du côté des organisations patronales, au-delà des différences indéniables qui existent entre les pays européens, on peut affirmer que tant le faible nombre de femmes chefs d'entreprise que leurs plus grandes difficultés à occuper des postes élevés au sein de la hiérarchie des entreprises ont pour conséquence logique une présence faible aux postes de décision de ces organisations et dans les espaces de négociation collective. S'il est vrai qu'à ces niveaux le poids des rôles traditionnels peut se révéler moins déterminant (entre autres en raison d'une plus forte disponibilité de ressources pour engager des services liés aux activités reproductives), la présence aussi inégale des hommes et des femmes est un indice supplémentaire de la complexité du problème et, à ces niveaux d'activité, il semble que l'on n'ait pas non plus réussi à briser le modèle traditionnel de division sociale du travail et des stéréotypes de sexe associés à ce dernier. La situation des femmes qui collaborent avec leurs maris chefs d'entreprise constitue un exemple significatif de ce fait.

Les organisations syndicales et d'entreprise doivent s'ouvrir à la représentation à de nouveaux sujets, à des réalités nouvelles et à des besoins nouveaux, et tout particulièrement à ceux qui émergent d'une perspective d'égalité entre hommes et femmes.

Rôle des pouvoirs publics et des partenaires sociaux dans la lutte contre les discriminations et pour la réalisation du principe d'égalité des chances

La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité des chances au sein du travail devra, de façon inéluctable, faire partie intégrante de la construction des droits de la citoyenneté sociale européenne, ce qui implique d'aller plus avant sur la ligne timide tracée par le traité

d'Amsterdam. Le principe de l'égalité concrète doit être placé sous la tutelle des pouvoirs publics, à qui il incombe, en outre, d'adopter les mesures nécessaires pour garantir son application.

L'essor d'une législation adaptée aux nécessités spécifiques de protection et promotion des travailleuses doit poursuivre le développement entrepris et l'élargir dans le futur, dans la mesure où la condition féminine elle-même est encore aujourd'hui une source de handicaps et de discriminations, ainsi que le reconnaît la Commission européenne au sein de son récent rapport sur le suivi de la communication « Intégrer l'égalité des chances entre hommes et femmes dans l'ensemble des politiques et actions communautaires » : « Malgré le grand nombre d'actions qui ont été entreprises dans le but de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, il s'agit la plupart du temps de mesures isolées qui n'ont pas de répercussions fondamentales sur la situation globale de l'égalité des sexes[12]. » Pour la correction de ces inégalités, et malgré les difficultés rencontrées, le rôle de la négociation collective est, lui aussi, d'une importance cruciale. Les actions positives, comme *ultima ratio*, constituent un instrument nécessaire pour la transformation de l'égalité de traitement consacrée par les textes de loi en une égalité réelle et substantielle qui, avec différentes formulations et une portée variable, ne restera pas insensible à ces textes, même s'il ne s'agit aujourd'hui que de la version modeste du nouveau texte de l'article 119.4 du TCE, modifié par le traité d'Amsterdam (nouvel art. 141.4).

Chapitre VII

Droit du travail et performance économique

La dimension nouvelle, quant à sa portée, est incontestablement l'incertitude dont sont empreintes les situations économiques de marché, de production et de travail ; cela du fait de l'évolution rapide des marchés, de la variabilité et de la diversité des demandes, de l'innovation continue des procédés et produits. Néanmoins, il ne faudrait pas en conclure que les économies européennes vont basculer d'un modèle fordien de production de masse, fondé sur la gestion du risque prévisible, vers un modèle marqué par l'incertitude. Nous entrons dans une ère de la diversité des produits, des services, des travaux, des formes de coordination, des modèles de production efficients (diversité permise par l'accélération des technologies de l'information et de leur maîtrise)[1]. Globalement, cela implique que nous pensions le développement des cadres collectifs de l'économie en termes de coordination plus que de stricte régulation. Les enquêtes faites en Europe montrent qu'une bonne partie des travailleurs estiment que leur travail gagne en professionnalisation et en autonomie, lesquelles se traduisent par un sentiment de contrôle accru sur sa propre activité[2]. Nous devrons donc rechercher la gestion la plus efficiente possible de la pluralité. Tel est l'enjeu qui se cache sous le vocable de flexibilité[3] par lequel sont couramment résumées les transformations en cours du travail. On doit en premier lieu remettre la flexibilité dans son contexte économique européen. Car la question n'est pas de revenir aux principes, désormais caducs, qui ont été aux fondements des États interventionnistes centralisés d'après-guerre, mais de reconnaître précisément ce qu'est et ce que n'est pas la flexibilité du point de vue de l'efficience économique et de sa capacité à nourrir un nouveau modèle de développement. La réflexion économique dispose en ce domaine d'un cadre de pensée clair, mais dont il faut sans cesse rappeler l'évidence. C'est par la création d'emplois à bonne

ou haute valeur ajoutée et des richesses qui en seront issues que la pression fiscale et sociale résultant du chômage et de ses retombées sociales (pauvreté, dépendance, troubles de la santé, etc.) diminuera. D'une part parce que la création d'emplois réduira ces coûts sociaux et le volume des dépenses sociales passives à y consacrer ; d'autre part parce qu'elle en étalera le financement sur un nombre d'actifs plus élevé.

La flexibilité est définie dans ce chapitre comme la recherche d'une réponse collectivement efficiente à l'aléa économique. Il y a là un cercle. Si cette réponse est trouvée, une économie flexible est à même de créer de l'emploi et des richesses, de procurer les moyens d'une meilleure sécurité qu'une économie rigide. Mais, pour trouver la réponse, il est nécessaire de fournir aux personnes une sécurité élargie face au problème crucial du développement de leurs capacités. Il s'agit donc, pour briser le cercle, d'enclencher un processus « vertueux ». Or, on sait, de par l'histoire des organisations productives et des marchés, qu'il existe, grossièrement parlant, trois réponses possibles à l'aléa[4]. Soit l'aléa est reporté vers ceux qui offrent leur travail sur le marché, à charge pour eux de le prévenir par une offre adaptée et par une épargne de précaution. Soit il est reporté vers l'État, celui-ci (autrement dit la collectivité) prenant à sa charge le coût social et financier des erreurs d'ajustement à l'aléa des acteurs privés – un exemple-type en étant les politiques de traitement social du chômage. Soit il est divisé entre les partenaires de la relation de travail (entreprises, salariés, collectivités), à charge pour eux de s'accorder sur une répartition des responsabilités qui soit équitable et efficiente – ces deux exigences étant par ailleurs liées pour que la réponse à l'aléa soit adaptée à la situation. Cette troisième réponse – une répartition équitable et efficiente des responsabilités – apparaît la seule à même d'être adaptée à l'aléa économique, c'est-à-dire à cette part croissante d'événements qui, sur les marchés, au sein des organisations de travail et de production ou au cœur des relations économiques, échappent à toute prévision et exigent d'être traités par l'initiative, par l'autonomie de décision et d'action, par la professionnalité, par un bon usage des capacités des personnes.

Mettre la flexibilité dans son contexte économique européen

Le flot de discours sur la flexibilité charrie avec lui des conceptions qu'il faut d'abord écarter, avant d'examiner comment et sous quelle forme

l'exigence de flexibilité naît des caractéristiques prises par le développement économique de l'Europe.

Combattre l'idéologie de la flexibilité

Parmi les fausses conceptions de la flexibilité, il y a en premier lieu l'espoir à peine dissimulé de ceux qui identifient la flexibilité avec le fait de récupérer tous les fruits de la coordination sociale et économique sans avoir rien à payer en contrepartie. La gratuité du travail et la protection sociale exclusivement financées par ses bénéficiaires sont à l'horizon de ces espoirs. Ces espoirs ne sont pas si chimériques qu'on pourrait le penser quand on observe, dans les secteurs les plus vulnérables de la population et du marché du travail en Europe, le développement des emplois sous-payés et précaires, l'absence de protection sociale par non-satisfaction des critères d'attribution, la désaffiliation progressive de territoires et de groupes sociaux entiers hors des standards de vie considérés ailleurs comme normaux. Et quand on observe, dans certains pays, le degré atteint par la prise en charge partielle du salaire et des cotisations sociales par le budget de l'État ou des fonds sociaux au nom du progrès de l'emploi. Une telle conception de la flexibilité ne permet aucun développement du dialogue social en Europe. Elle n'a comme perspective que la baisse continue des rémunérations et des garanties sociales. Et, s'agissant de l'emploi, elle génère des illusions.

Elle réapparaît néanmoins au travers de certaines conceptions de la mondialisation et de la place qu'y occupe l'économie européenne. On peut distinguer trois conceptions de la mondialisation : la guerre économique de tous contre tous ; la délocalisation sans coût ; l'élargissement au monde entier de l'espace d'action de chaque entreprise. Seule la dernière correspond à ce que sont devenues, pour l'essentiel, les entreprises européennes : des entreprises qui assoient leur compétitivité individuelle et globale sur des avantages comparatifs en termes de qualité, de savoir-faire, d'innovation continue, de diversité, de capacité à servir au plus près la demande[5]. Chez celles qui réussissent et créent des emplois, la maîtrise des coûts s'effectue au sein d'une trajectoire de croissance et d'investissement qui vise des avantages absolus hors prix sur les marchés mondiaux. Ainsi peuvent-elles mener une action efficiente sur l'espace mondial.

Les deux premières acceptions de la mondialisation ne sont que mauvaise littérature. Croire en la guerre de tous contre tous est la meilleure façon de la faire advenir et d'aspirer l'industrie européenne vers une spirale de déclin et de perte de compétences. Hors les produits standard et bas de

gamme à pur argument prix, délocaliser n'a de sens que si l'entreprise trouve là où elle va la main-d'œuvre compétente et l'environnement institutionnel dont elle a besoin pour faire ce qu'elle a à faire. Ainsi que le souligne une communication de la DGII, le taux d'ouverture extérieure de l'économie européenne prise comme un tout est de 8 % seulement[6], du même ordre que celui des États-Unis. La réponse aux enjeux de la flexibilité ne réside donc pas dans ces lieux communs idéologiques, sauf à penser que ceux qui les activent visent de fait à mettre en concurrence entre elles les économies nationales et les régions qui composent l'Europe pour un différentiel individuel de profit de court terme. Généraliser de tels comportements conduirait l'Europe vers un modèle économique à bas coût salarial et faibles compétences. Ce n'est pas la mondialisation qui menace le développement économique de l'Europe, mais le refus de comprendre la nature de ses chances et l'incapacité de les saisir. Pour le comprendre et saisir en quoi une économie flexible peut assurer une sécurité plus sûre qu'une simple protection, il faut disposer d'un référent économique adapté à l'économie européenne dans ses caractéristiques actuelles et futures.

Disposer d'un référent économique adéquat au devenir du droit du travail en Europe

De manière dominante – c'est le fruit de presque vingt-cinq années d'innovations technologiques et organisationnelles continues qui ont répondu au choc de 1973 –, le travail accompli par la main-d'œuvre européenne n'a plus le statut d'un simple facteur de production et ses produits ne se résument plus à être le simple support d'un prix. Les économies développées contemporaines se sont transformées en de vastes collections de produits et de services en perpétuel devenir[7]. Nous faisons face à des produits et des services divers et même hétérogènes qui imbriquent, de manière complexe, variable et *située* dans l'espace et dans le temps, valeur d'échange et valeur d'usage (c'est-à-dire prix et utilité). Les stratégies des entreprises cherchent à suivre au plus près les caractéristiques de la dynamique des échanges et de la production qui les entoure. Ce faisant, les entreprises impulsent une restructuration des marchés du travail et une réorganisation de la géographie productive au sein de l'Europe. Ce qui est recherché, ce sont les gisements potentiels d'innovation, les différentiels de qualité, obtenus à coût égal, des produits et services, les infrastructures collectives adéquates, la qualité de la vie, les compétences de la main-d'œuvre, la puissance des systèmes de formation initiale et continue, professionnelle et supérieure.

La définition des produits et des compétences nécessaires, des normes, des standards, des savoir-faire devient un enjeu essentiel de la compétitivité, au lieu d'être un soubassement commun et préalablement connu des acteurs. À la différence du « bien », le produit ainsi entendu présente, à des degrés divers, des dimensions de créativité, d'engagement et d'incertitude dans le résultat final. Nous sortons d'un univers de prédictabilité pour entrer dans un univers qui est incertain dans la mesure où nous devons faire demain quelque chose de différent de ce que nous faisons sans être capables de le définir précisément aujourd'hui.

Ce constat impose de définir quel doit être le *référent économique de la flexibilité* à partir duquel *évaluer*, positivement et négativement, les transformations du travail en cours et *élaborer* une prospective réaliste du devenir du droit du travail en Europe. Nous devons élaborer un cadre d'observation et de jugement qui soit adapté à des économies qui deviennent structurées par une exigence de flexibilité dans l'incertain. C'est, bien sûr, un enjeu du dialogue social européen que de trouver un accord sur ce cadre d'observation et de jugement de la flexibilité. Car l'évolution des droits du travail et des systèmes de protection sociale ne sera pas indépendante de la nature de cet accord. Nombre de recherches convergent vers la conclusion qu'un cadre analytique convenable pourrait comprendre les quatre termes suivants : *possibilités économiques, proximités, potentiel humain, développement territorial*. Présentons-les brièvement.

Possibilités économiques

L'Europe sera une Europe des *possibilités* économiques. L'extension de la taille des marchés et la protection assurée par la force de l'euro rendront rentable la production de nombre de nouveaux produits et services et exerceront une forte incitation à innover. Ces productions trouveront leur demande. Car la prolifération actuelle des produits et services manifeste la diversité croissante des valeurs d'usage que chacun, entreprise ou simple consommateur, s'attend à trouver sur le marché et face auxquelles il est de plus en plus attentif et sélectif. Ce phénomène est appelé à s'accélérer. Faire la carte des spécialisations internationales de l'Europe en additionnant les spécialités de chacun des pays qui la composent révélerait à coup sûr une puissance mondiale de premier plan, au tout premier rang dans la très grande majorité des produits, des services et des technologies nouvelles. L'unification européenne est de nature à en multiplier les effets, si elle prend cette diversité comme base de son développement économique futur, et non comme un prétexte à une restructuration à

dominante financière par regroupement et « cannibalisation » qui serait en revanche destructrice d'une partie de ces potentialités.

Proximités

L'Europe sera une Europe des proximités. La création de proximités entre acteurs économiques permet la définition de produits adaptés, condition nécessaire pour tirer parti de l'extension de la taille des marchés potentiels. Il s'agit là moins d'une proximité géographique que de la recherche d'un processus équilibré d'approfondissement de la division du travail par accroissement des spécialisations et coordination. L'intensification en cours des échanges économiques au sein de l'espace européen s'accompagne déjà d'un renforcement des liens entre producteurs et utilisateurs, de coopérations durables aux multiples formes, créateurs de proximités diverses entre acteurs économiques. Une restructuration territoriale de l'économie européenne sur fond de création de proximités entre producteurs et usagers est en train de se produire. Elle s'accélérera au début de la prochaine décennie. Tous ces facteurs sont économiquement efficients, car ils assurent la convenance nécessaire des produits et services aux usages attendus.

Potentiel humain

L'Europe sera une Europe du *potentiel humain*. Saisir les potentialités que nous venons d'évoquer exige la mobilisation de « vraies » compétences au travail, c'est-à-dire de celles qui supposent apprentissage, professionnalité, savoir-faire, capacités incorporées dans des personnes et des communautés de personnes. La force économique de l'Europe dans le monde résidera non dans un simple développement, par ailleurs nécessaire, de ses technologies, non dans un simple retour à des politiques macro-économiques expansives, mais dans sa capacité à favoriser le développement et la reproduction de *richesses humaines* spécifiques, seules à même de tirer parti efficacement des technologies, de l'extension du marché et de la stabilité monétaire. Sont aussi mises au premier plan dans le développement des avantages compétitifs durables de l'économie européenne les politiques d'éducation, de formation continue, de mobilité professionnelle, de niveau et de qualité de la vie, de lutte pour l'insertion dans le travail.

Développement territorial

L'Europe sera une Europe des *développements territoriaux*. Ses différents tissus industriels, régionaux et sectoriels (parfois transnationaux[8]

) devraient pouvoir créer de manière endogène des ressources propres (en emplois, en compétences et en financements) grâce à une spécialisation accrue dans des produits spécifiques. Cela sera favorisé par la stabilisation des anticipations de change, de demande et de revenu sur un espace élargi et unifié par l'euro. L'affaiblissement des cadres nationaux de la croissance économique n'est pas inéluctable, s'agissant de l'efficience et de la reproduction des capacités de travail. Ce qui est inéluctable, c'est la disparition d'une vision « nationaliste » de ces cadres nationaux[9].

Flexibilité du travail et capacités des personnes

On identifie fréquemment la recherche de flexibilité à un besoin d'assouplissement du cadre juridique de travail, de la protection sociale et des codes de bonne conduite. On oppose ainsi flexibilité et sécurité. Cette opposition est d'autant plus facile à faire que le modèle de protection sociale de l'après-guerre, qui était fondé sur l'emploi stable d'un homme adulte amenant par son travail les ressources nécessaires à une famille nucléaire, est rendu caduc par les transformations du marché du travail. Faudrait-il donc ne plus avoir de sécurité pour être flexible et efficient ? Ce serait oublier que les capacités d'une personne et sa productivité dépendent, fondamentalement – comme le démontrent *a contrario* les effets du chômage et de sa durée –, de la qualité assurée à sa vie et des moyens qui lui sont donnés et qu'il se procure par son travail et ses activités sociales de former et de réaliser des projets de vie ambitieux et riches en contenu. Ce point est central, notamment, dans la croissance de l'emploi des femmes. Il est au cœur du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes sur les marchés du travail. Plus largement, la reproduction et le développement des capacités collectives dépendent dans le long terme de l'ampleur et de la qualité des investissements consentis par la collectivité en matière sociale.

Il s'agit au contraire, compte tenu de ce que nous venons de rappeler sur les atouts de la compétitivité, de trouver dans l'économie européenne quelle est la nature de la relation *positive* qui existe entre efficience économique et flexibilité. Cette relation positive passe par une nouvelle articulation entre le social et l'économique. Plutôt que de faire de la protection sociale une réparation après coup des dégâts, supposés inéluctables, de l'économique, il faut en faire ce qui donne aux personnes et aux collectivités intermédiaires les ressources propres à leur permettre

de se munir d'une *sécurité active* face aux aléas. Sécurité active qui les mette en position à la fois d'apprendre de l'exposition à ces aléas et de s'en prémunir à long terme. C'est ce que nous verrons dans les deux premiers paragraphes.

Il s'ensuit qu'aux fonctions de protection par des garanties de standard de vie minimal et par des droits à réparation exprimés en termes de revenus de substitution (lesquels perdureront, mais sous des formes nouvelles à définir), le besoin de flexibilité, pour être favorable à la croissance des richesses produites et partageables, ajoute un objectif : celui de former, d'entretenir et de développer au long du cycle de vie les *capacités* des personnes. En d'autres termes, dans une économie flexible désireuse de maximiser sa croissance économique et son niveau d'emploi, les préoccupations relatives au *potentiel humain* deviennent premières : son financement ; ses caractéristiques variées et évolutives (en d'autres termes des « capacités ») ; ses modalités de formation et d'entretien ; la nature des processus de décision à son égard ; son efficience. Nous verrons en troisième lieu la nature de ces capacités au travail flexible.

Alors que l'action de l'État était conçue, dans le modèle d'après-guerre, comme devant se traduire par une politique macroéconomique d'emploi, elle devrait s'inscrire dans une *politique du travail*. Celle-ci donnerait le primat à l'amélioration de l'efficience collective de tissus économiques enracinés dans des territoires, à l'autonomie de délibération et de décision de collectivités intermédiaires selon l'option de subsidiarité. L'amélioration du niveau de vie et d'emploi n'y serait plus la cible directe et explicite des politiques. Elle résulterait des efforts collectifs visant à créer des opportunités de travail et à améliorer les capacités de travail. Ainsi devrait-on arriver à un nouvel équilibre entre inventivité juridique et instrumentalisation politique qui redonne le primat à l'élaboration des cadres conventionnels d'activité. Nous en définirons les éléments au long des derniers paragraphes.

De la protection passive à la sécurité active

Ce qui devient pertinent au sein des coordinations économiques, ce n'est plus leur réduction au risque prévisible, mais le traitement dans toute son ampleur de *l'incertitude*. On peut gérer le risque en arbitrant au sein d'une série de comportements définis à l'avance. Le risque peut être externalisé sous forme d'une *protection* fondée sur un calcul assurantiel sans que cela nuise à l'efficacité économique. On doit en revanche gérer l'incertitude par une combinaison ouverte, c'est-à-dire non prédéterminée, de liberté

d'action et d'éventail de possibilités. L'incertitude doit donc être internalisée. Le paradoxe est alors que, pour être efficiente, la flexibilité doit être fondée sur la *sécurité* des personnes. C'est que, pour être efficiente, la gouvernance du travail dans un contexte d'incertitude suppose d'être bâtie sur une convention de confiance entre employeur et salariés[10]. Or il n'existe pas de confiance sans liberté réelle d'action reconnue à chacun, c'est-à-dire sans une liberté qui dispose des moyens de son effectivité. Ce qui vaut pour l'entrepreneur (garantie de la propriété de ses actifs ; liberté de gestion) vaut pour les salariés (garantie du développement du *potentiel humain* ; liberté effective de mise en œuvre) dans un contexte de flexibilité dans l'incertain.

La théorie économique a maintenant bien établi que le travail ne relève pas d'un marché au sens habituel. Une fois l'accord réalisé et le contrat de travail signé entre un employeur et un salarié, la réalité des engagements pris entre employeur et salarié (salaire et conditions du travail d'un côté ; effort et qualité du travail effectué de l'autre) demeure incertaine. Le contrat ne solde pas un échange dans l'instant, ni n'assure un ajustement optimal des préférences individuelles. Il ouvre au contraire un processus de mise à l'épreuve réciproque que seules solderont, et encore, la réalisation du produit, sa vente et la répartition des résultats. C'est le thème, bien connu des économistes, de l'incertitude sur la qualité et sur l'effort du travail.

Surmonter cette incertitude exige un cadre institutionnel entourant la relation de travail et ses partenaires. Pour user d'un terme à la mode, l'accomplissement du travail nécessite une gouvernance. Les systèmes de protection sociale et juridique du travail constituent un pan essentiel de cette gouvernance. Mais il y a en gros deux conceptions de la nature de cette gouvernance.

L'analyse standard considère que l'acteur rationnel a un comportement opportuniste par nature. Dans cette hypothèse, un travailleur aura tendance à ne pas travailler selon la qualité et l'effort attendus dès qu'il dispose d'une marge d'action inobservable par l'employeur. De même, ce dernier, s'il est seul à observer la demande que le marché lui adresse, trichera sur sa valeur exacte de manière à disposer d'une marge de manœuvre par rapport aux revendications de ses salariés. Aussi l'analyse standard conçoit-elle la protection sociale comme devant être un mélange de contraintes et d'incitations susceptible de maintenir des acteurs opportunistes dans le droit chemin. C'est, par exemple, l'idée qu'un chômeur n'est susceptible de chercher du travail que si le différentiel indemnisation-salaire est

suffisamment élevé, idée qui néglige la valeur en soi du travail en termes d'identité, d'insertion et de démonstration de sa propre capacité à réaliser des choses. De même l'entrepreneur est-il trop souvent réduit à un pur maximisateur de profit, aussi oublieux des besoins et environnements sociaux nécessaires à la productivité de son entreprise qu'incapable de prendre les engagements de long terme qui conditionnent le développement de l'emploi.

Cette vision est insuffisante. Dans un contexte de flexibilité, la gouvernance du travail est plus complexe qu'une gestion de l'opportunisme ; car elle est dans l'obligation de ménager une latitude d'action aux partenaires, autrement dit un espace de liberté. Cela répond à un souci d'efficience. D'une part les aléas dans le travail ou sur le marché du produit sont imbriqués : c'est le propre même des situations exigeant flexibilité. D'autre part, des possibilités de surmonter efficacement le problème vont survenir si et seulement si la décision d'agir relève entièrement de celui qui est en position d'agir. Il ne sert à rien d'avoir défini à l'avance ce qu'il faudrait faire, car la nature de ces possibilités ne peut être prévue. Le processus engagé ne sera efficient que dans la mesure où des attentes mutuelles se sont établies entre les acteurs de laisser faire l'autre sans interférer et de prendre, dans la coordination, comme appui de sa propre action le résultat de celles des autres. La gouvernance du travail repose ainsi sur une convention de confiance.

L'existence de cette convention de confiance repose sur le système de protection sociale et juridique environnant. S'il repose sur des principes de justice considérés comme légitimes par les différents partenaires, s'il a fait l'objet d'un accord fondé sur ces principes, s'il définit à l'avance le partage de l'aléa, des coûts et des responsabilités, s'il explicite la répartition des gains attendus d'une bonne résolution de l'aléa, alors la coordination entre acteurs peut s'engager de manière efficiente. L'établissement de cette convention de confiance suppose certes la réunion de plusieurs conditions, réunion qui est tout sauf facile et instrumentale. Néanmoins, l'obtention du plein-emploi dans la plupart des pays européens de l'après-guerre montre qu'il s'est fait à cette période et qu'il est donc possible. Car une pierre de touche, pouvant donner lieu à enquête empirique, d'un bon compromis entre ces différents paramètres paraît bien être le degré auquel chaque système ou réforme envisagée favorise ou non un cercle vertueux entre capacités de travail et liberté effective. Car le constat le plus dramatique qui puisse être fait des systèmes actuels est qu'ils n'ont aucunement combattu (quand ils ne les ont pas entretenus) les enchaînements vicieux

entre dégradation des capacités de travail et enfermement dans la précarité et la dépendance.

Le chômage en est la meilleure illustration.

Chômage et pertes d'efficience collective

De nombreux commentateurs expliquent la persistance de hauts taux de chômage et les bas niveaux de création d'emploi en Europe par la rigidité des marchés du travail et « l'excessive générosité » des systèmes de protection sociale qui accroîtraient les coûts du travail et dégraderaient la compétitivité des économies européennes au-delà du tolérable. Ces arguments ne résistent pas à l'examen des statistiques nationales à notre disposition.

Graphique 1
Dépenses de protection sociale et PIB par habitant, 1993
Dépenses de protection sociale (en % du PIB)

E12 (Europe des douze) et D (Allemagne) incluent les nouveaux Länders.

Le graphique 1, publié par la Commission[11] en 1995, consacré à l'avenir de la protection sociale en Europe, met en rapport pour l'année 1993, pays par pays, le PIB par habitant et le pourcentage du PIB consacré au financement de la protection sociale. Il attire l'attention sur la double nature des dépenses de protection sociale. Elles sont à la fois un coût qu'il faut financer par prélèvement sur les richesses produites et un investissement en potentiel humain qui, comme tout autre investissement, engendre, s'il est bien conçu, un accroissement des richesses et une création d'emplois. Car le PIB par habitant est aussi un indicateur de la productivité globale d'un pays, et le pourcentage du PIB consacré au financement de la protection sociale un indice du taux d'investissement en

potentiel humain (même si, pour être plus précis, il faudrait éplucher le détail de ces dépenses et ajouter les dépenses prises en charge sur le revenu direct des ménages ou sur le temps libre). Il existe au vu du graphique 1 une bonne corrélation positive entre les deux, aucun pays ne s'écartant d'ailleurs de la droite de corrélation de manière exagérée. Autrement dit, les pays les plus riches de la Communauté peuvent se payer une meilleure protection sociale, mais il en est ainsi *parce que le degré élevé de leur investissement en potentiel humain autorise une productivité de la population active plus forte*.

Graphique 2
Taux de chômage (en % de la population active) en 1996

Source : Eurostat

NB : les pays sont rangés de gauche à droite sur l'axe des abscisses dans l'ordre croissant du poids des dépenses de protection sociale dans le PIB (*cf.* graphique 1).

Le graphique 2 présente les taux de chômage par pays en 1996. Ceux-ci sont très variables, des pays à taux de chômage élevé (Allemagne, Espagne, France, etc.) côtoyant des pays à taux de chômage nettement plus bas (Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, etc.). La confrontation des graphiques 1 et 2 montre qu'il n'y a pas de corrélation entre le niveau du taux de chômage et l'importance du poids du financement de la protection sociale, le groupe des pays à poids élevé de la protection sociale comportant des pays à bas taux de chômage et, réciproquement, des pays à

faible poids de la protection sociale montrant un taux de chômage élevé. Les exemples les plus frappants sont, pour le premier groupe, les Pays-Bas et le Danemark, pour le second groupe l'Espagne.

Le problème du chômage n'en a pas moins un rapport, comme nous le disions plus haut, avec les systèmes de protection sociale. Mais ce n'est pas celui de leur coût financier. C'est celui de leur orientation ou non vers des dépenses capables de combattre l'enchaînement vicieux entre pertes de capacités de travail et stagnation de l'emploi, entre pertes d'initiative et insuffisance de création d'activités et d'entreprises. Trop souvent, les politiques sociales ont été utilisées pour drainer des fonds vers un traitement social passif du chômage (systèmes de préretraites, subventions sociales à la restructuration, exonération de charges sociales pour favoriser l'emploi de catégories spécifiques de population : jeunes, travailleurs non qualifiés, etc.). Bien que la démonstration de leur efficacité, relativement aux objectifs affichés, n'ait jamais pu être solidement démontrée, ces politiques n'ont pas moins continué en détournant des ressources financières disponibles d'applications potentiellement plus productives.

Le taux de chômage n'est par ailleurs qu'un indicateur bien insuffisant pour juger des redéploiements nécessaires. La crise des systèmes de *welfare* de l'après-guerre, eu égard à leur capacité à maintenir une convention de confiance entre travailleurs et employeurs et à restaurer la productivité de la population, entraîne des caractéristiques qualitatives du chômage très différentes selon les pays européens qui mériteraient une investigation plus poussée.

En France, par exemple, l'entrée dans le système statutaire d'emploi est fondée sur un modèle de file d'attente générationnelle. Le niveau de l'emploi augmentant à un rythme inférieur à celui de la population désireuse de travailler, ce phénomène se traduit mécaniquement par le *chômage de longue durée* (1,1 million de personnes en janvier 1997, soit 34 % des demandes d'emploi). Celui-ci devient l'antichambre de l'exclusion, car toute personne active tombant dans le chômage n'est pas assurée de trouver sa place dans la file d'attente. Les chômeurs de longue durée, de tous âges, constituent une fraction croissante des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion (RMI), ce pour quoi cette mesure n'était pas faite. La justice sociale, inscrite dans les dispositifs d'emploi, est une justice objective et générale : un poste, des tâches, une grille de rémunération, une hiérarchie, des horaires prescrits et écrits à l'avance, autrement dit ce qu'on appelle en France un « emploi ». Tout aléa économique se traduit par un écart par rapport à une norme mesurable. Il

déclenche des effets correcteurs. L'effet social, indemnisation du chômage, total ou partiel, est activé par le constat d'une cause indépendante de la volonté des acteurs (la dégradation de la conjoncture). L'effet économique consiste en la détection d'un sureffectif à résorber pour rétablir la productivité apparente du travail. On comprend qu'avec un tel modèle toute tentative de flexibilité risque d'une part d'être quantitative (ce qui contraint à l'excès les décisions économiques et empêche des choix qui seraient efficients compte tenu des circonstances), d'autre part de se traduire par la précarisation. Car seuls ceux qui ont un « emploi » au sens statutaire disposent des garanties d'une justice sociale. Les autres se voient confinés dans des tâches sans statut et de faible protection, qui ne sont que faiblement des ports d'entrée dans l'emploi normal.

En Grande-Bretagne, l'étalon de mesure pour évaluer l'efficacité d'un système de protection sociale est, pour le chômage, le degré auquel l'indemnisation préserve l'esprit de responsabilité du chômeur envers lui-même. C'est de lui avant tout qu'on attend un effort efficient de recherche d'emploi. Il s'ensuit que c'est par *l'émiettement du cycle de vie* en tâches sans lien les unes avec les autres que se manifeste la crise du Welfare State. L'enchaînement des tâches pour un individu ne se constitue plus en emploi générateur de droits sociaux (notamment à un revenu de remplacement ou une retraite), ni en potentiel humain valorisable sur le marché du travail. La chute rapide dans l'assistance publique fondée sur le *mean's test* engendre des phénomènes de dépendance et de pertes de capacités (notamment des sens de l'effort et de la responsabilité). Les mécanismes de financement privé par le marché de la protection sociale recréent des coûts économiques croissants et largement sous-évalués. La restauration des capacités de gain des individus passe vraisemblablement par celle de systèmes collectifs d'appui.

En Allemagne, où le chômage a le sens d'une privation de travail, vécue comme une dépossession de son identité sociale, le chômage de masse menace l'existence des *systèmes de négociation collective.* Ceux-ci fonctionnent habituellement de manière compréhensive pour, précisément, maintenir les travailleurs au sein de leur communauté de travail (entreprise, localité, branche) et leur éviter cette perte d'identité que représente la privation de travail. Au lieu d'être comme en France considéré comme relevant immédiatement de causes macro-économiques et, ainsi, du ressort de l'État, l'aléa économique demeure situé au sein de l'entreprise, de la branche ou du territoire et traité avant tout comme un problème d'efficience économique. D'où la possibilité d'accords qui combinent flexibilité des horaires, partage du travail, investissements de

formation. Au nom du caractère trop élevé des salaires réels et des charges sociales, ces systèmes font l'objet, depuis peu, de tentatives de contournement, soit par implantations dans d'autres pays européens, soit par restrictions des avantages sociaux.

Créer, préserver et développer les capacités de travail devient primordial dans une économie flexible. L'autonomie et la capacité à la flexibilité ne sont pas innées. Elles s'apprennent et s'entretiennent par l'exercice et l'expérience. C'est un processus fragile qu'il faut veiller à maintenir grâce à l'établissement d'un cadre juridique et social porteur. Ce que nous venons de dire des formes du chômage souligne qu'une dimension centrale d'un tel cadre est celle des libertés effectives et responsables dont disposent les acteurs de l'économie et du travail. En France, en effet, chômeurs de longue durée et travailleurs précaires subissent de plein fouet cette perte de liberté de choix de vie et de travail qui dégrade leurs capacités. En Grande-Bretagne, la difficulté à se constituer une trajectoire ascendante par le seul libre jeu du marché du travail contribue à ce même phénomène. Et quand on sait l'influence en Allemagne du sentiment d'appartenance communautaire dans la réalisation d'une prestation de travail de qualité (laquelle est une des forces de la compétitivité allemande), on peut s'attendre à des formes inédites, mais économiquement défavorables, de ces pertes de liberté.

Capacités au travail flexible et liberté effective

Au cœur des capacités de travail nécessaires apparaît la capacité à maîtriser l'incertitude des marchés et des situations productives. Il s'agit d'une incertitude de triple nature : dans le temps (les situations rencontrées ne sont jamais identiques, ni entièrement reproductibles) ; dans l'espace (les lieux d'échange et de production changent selon les demandeurs) ; entre les personnes (l'identité et les singularités des personnes avec qui il faut se coordonner efficacement changent d'une situation à l'autre).

Maîtriser l'incertitude repose sur la résolution pratique d'une tension entre deux extrêmes. D'un côté, la réponse pertinente aux aléas qui se présentent doit être faite dans le lieu et l'instant *(hic et nunc)* par *la* personne qui convient. Sa responsabilité est pleine et entière et elle est entièrement inscrite dans la situation de marché ou de travail en cause. L'organisation de la production, la relation hiérarchique ne sont qu'un appui, non une réponse au problème. De l'autre côté, en raison même de la variabilité et de l'hétérogénéité des situations, les compétences s'acquièrent pour une bonne part au long du cycle de vie. Certes, ce ne peut être que

dans un cadre donné de savoirs, autrement dit dans un état professionnel défini. Mais ce sont l'expérience, le cumul des confrontations avec des situations sans cesse renouvelées qui munissent le travailleur du « savoir comment » permettant de découvrir l'action pertinente dans l'incertain. Plus même, c'est l'incorporation de cette exigence de long terme dans le comportement de l'instant qui seule permet à l'individu de tirer la leçon de ce qui se passe dans les circonstances de l'action.

Il s'ensuit que les capacités au travail flexible ne s'identifient pas nécessairement avec un haut niveau de diplôme et qu'elles ne se développent que si l'on s'en sert (d'où l'extrême importance de l'insertion dans le travail et du maintien en son sein). Un déploiement efficient suppose que les situations de travail garantissent une liberté réelle de choix, laquelle ne peut exister que si la définition des emplois et des tâches dans l'entreprise ouvre en permanence aux personnes qui les occupent des possibilités d'apprentissage et de mobilité. Ainsi le temps du travail au long de la vie devient-il poreux, combinant exercices du travail sous divers statuts (salarié, indépendant,…), formations professionnelles, expériences sociales variées. D'une part, parce que l'attachement à un employeur donné est mis en question par l'imprévisibilité des aléas, d'autre part parce que seules de telles trajectoires de vie génèrent un accroissement des capacités et de l'efficience du potentiel humain investi dans les personnes.

On comprend mieux enfin la différence de nature entre protection et sécurité face à l'aléa, en quoi la seconde englobe la première. Pour améliorer ses capacités au travail flexible, il faut être en situation de pouvoir apprendre de l'exposition à l'aléa. Un cadre de *protection contre* empêche qu'on apprenne de l'aléa, puisqu'il y est construit comme essentiellement négatif. Pour apprendre, le travailleur flexible a besoin d'un cadre de *sécurité face à* l'aléa. C'est un cadre qui donne à l'individu la possibilité de former à chaque instant des anticipations de long terme. Il n'y a convention de confiance dans la situation de travail que si l'individu est assuré que les projets de vie qui lui tiennent à cœur demeurent réalisables. Ainsi pourra-t-il former, pour lui et ses proches, et tenter des projets de vie plus « riches », qui contribuent par là même à former des capacités de travail plus qualifiées et productrices d'une plus haute valeur ajoutée. C'est en ce sens que les sécurités de vie liées au respect de standard minimal (par exemple que chacun puisse disposer d'un droit effectif au logement, et non simplement d'un revenu minimum), loin d'être affaiblies par l'exigence de flexibilité, se trouvent renforcées, ou même mieux et plus concrètement définissables grâce à cette exigence. Mais à la dimension statique constatant ou rétablissant le respect à un standard de

vie s'ajoute la dimension dynamique des trajectoires individuelles et collectives.

Politique du travail et subsidiarité

Ainsi se justifie la seule route susceptible de combiner positivement flexibilité et sécurité : conduire *une politique du travail* centrée sur les trajectoires de vie et d'emploi des personnes. Le calcul économique associé est simple dans son principe : dès que la valeur ajoutée par le travail de la personne dépasse le coût de sa mise au travail, il y a production d'un surplus de richesse et d'utilité pour la collectivité. Sa mise en œuvre est certes complexe, doit faire entrer des éléments d'actualisation, une dynamique temporelle, des moments d'évaluation critique ; mais elle est décisive. On voit bien notamment qu'une politique du travail ne peut se confondre avec une activation des dépenses sociales qui consisterait à simplement baisser le coût monétaire de mise au travail, soit en versant à l'employeur le différentiel de coût entre salaire versé et productivité (à supposer qu'il soit mesurable), soit en baissant le salaire minimum. L'élément processuel est premier et fournit un contenu concret aux dépenses actives : il s'agit de créer une trajectoire qui améliore le potentiel humain de la personne et augmente sa capacité de gain : formations de nature diverse ; création de dispositifs institutionnels ou amélioration de l'efficacité des dispositifs existants ; disponibilité d'équipements collectifs favorables à la mise au travail[12], etc. Un support à de telles dépenses est, notamment, l'existence de besoins sociaux concrets, spontanément insatisfaits par le marché. Ceux-ci peuvent être identifiés et leur satisfaction construite au plan territorial selon des formes délibératives entre acteurs sociaux et économiques[13]. De nombreuses expériences ont déjà lieu pour l'insertion de chômeurs de longue durée ou de personnes en voie d'exclusion.

Cela étant, l'objet d'une politique du travail n'est restreint ni à une catégorisation des problèmes en termes de publics cibles ni à des couches particulières de la population. Il est général. Il concerne la redéfinition des principes de l'action publique en direction d'une amélioration systématique et dynamique du potentiel humain, potentiel humain qu'il convient d'apprécier sur deux plans : les trajectoires de vie et de travail des personnes ; les capacités collectives de travail, d'innovation, de productivité nécessaires au développement économique des branches et des territoires en Europe.

Considérée du point de vue des individus, une telle politique du travail vise à créer des continuités et non, comme les politiques d'emploi, à gérer après coup des ruptures, des files d'attente, des dossiers. Au lieu d'être activée après l'aléa et de gérer ses conséquences (avec les risques bien connus de pérenniser la situation en stigmatisant l'individu et en le mettant dans un état de dépendance), la dépense sociale prend alors comme fondement l'insertion et le maintien dans la sphère du travail. Les institutions responsables agissent dans un cadre processuel et situé. Elles ont une mission de veille sur les trajectoires des personnes. La prémisse de leur action est que chaque individu est libre et responsable de sa vie et de ses projets. Mais au lieu de laisser l'individu à lui-même (au besoin en s'étant exonéré à l'avance de tout suivi par le versement d'une allocation minimale d'existence), les institutions sociales agissent selon un principe de subsidiarité. Un point central de leur action est d'évaluer le moment où les risques pris dans le travail peuvent faire basculer l'individu dans un aléa non maîtrisable, c'est-à-dire non pas tant le chômage en soi que la précarisation, la pauvreté et la dépendance. L'enjeu de leur action est de donner à l'individu les conditions nécessaires au déploiement effectif de sa responsabilité envers lui-même, et non de l'exercer à sa place. Ce principe de subsidiarité, si essentiel à la construction européenne, a trois conséquences.

Les institutions sociales devraient intervenir en priorité auprès de ceux dont les ressources patrimoniales et relationnelles ne leur permettent pas ou plus d'exercer une responsabilité pleine sur leur trajectoire de vie. C'est pourquoi la garantie d'un standard de vie demeure impérative comme aux premiers temps des systèmes de protection sociale, mais aussi que des problèmes nouveaux se posent. Il n'est pas normal, par exemple, qu'un petit patron qui fait faillite ne puisse disposer d'un filet de sécurité alors même que, pour entreprendre, il a pris des risques personnels sur son patrimoine. À l'inverse, on peut trouver discutable que des cadres dirigeants cumulent l'avantage d'être rémunérés sur des revenus du capital – par le biais de stock-options ou d'indemnités confortables de licenciement – avec un statut de salariés et la protection sociale afférente sans être fortement mis à contribution, par exemple, par des systèmes de capitalisation. La solidarité sociale pourrait être pensée autour de cette exigence d'assurer à chacun une capacité effective à exercer cette responsabilité à construire sa vie, capacité dont on a vu qu'elle était un des fondements des économies flexibles.

Sur un plan différent, mais lié au précédent, il s'ensuit qu'est posée en miroir des transformations du droit du travail en Europe la perspective d'un basculement des politiques d'emploi reposant sur une aide financière versée à l'employeur au nom d'un critère général et prédéfini d'emploi vers une aide à la personne centrée sur le développement de ses capacités au travail flexible (au sens précis où il est défini dans ce rapport qui, nous le pensons, est adapté aux évolutions souhaitables, économiquement et socialement, de l'économie européenne). Les écueils en sont nombreux, spécialement celui de contribuer à la stigmatisation de la personne, si elle se trouve corsetée de dispositifs institutionnels de surveillance étroits d'esprit et non engagée dans un processus créateur pour elle de possibilités nouvelles. Mais les avantages envisageables sont non moins grands.

Diverses affaires montrent en effet que l'existence de subventions à l'emploi, directes ou déguisées, entraîne les régions européennes dans une surenchère vers le bas. Elle renforce le rôle du bas coût du travail comme argument unique du calcul de l'entreprise, ce qui conduit à une vision statique, de court terme et déqualifiante du développement économique. Cette conception, nous l'avons vu, tourne le dos aux chances économiques réelles de l'Europe ; généralisée, elle détruirait ces chances qui ne peuvent se maintenir qu'en ayant leurs potentialités exploitées. Éviter le dumping social, c'est en même temps lutter contre les distorsions de concurrence. Il faut être conscient que ce n'est rien d'autre qu'appliquer les principes d'égalité de traitement et de non-distorsion de la concurrence du traité de Rome. Il y a là une réflexion à conduire sur la manière dont l'application du principe d'égalité de traitement peut être cohérente avec des politiques structurelles qui viseraient à améliorer, dans les différents territoires et branches, les avantages compétitifs absolus reposant sur la qualité et les compétences spécifiques du travail. Après tout, en condamnant les distorsions purement monétaires et financières de coût, le principe d'égalité de traitement oriente la concurrence entre les entreprises vers la recherche d'avantages « réels » en organisation, en qualité et en adéquation aux demandes des marchés. Il suggère donc, lui aussi, non pas une politique d'emploi, mais une politique du travail[14].

Dans cette même perspective, on peut remarquer que l'exonération ou la réduction des cotisations sociales pour favoriser la création d'emplois doit être maniée avec précaution. Il existe une tentation, compréhensible, en ce sens en direction du travail non qualifié. Le raisonnement macroéconomique en ce domaine, correct en lui-même, repose sur une vision inadéquate du fonctionnement réel du marché du travail et des entreprises. D'une part, l'observation montre que la pénurie générale

d'emplois accroît la sélection à l'embauche : ces emplois subventionnés sont occupés de préférence non par les chômeurs sans qualification, mais par d'autres candidats à l'emploi plus qualifiés. Car, entre deux candidats au même emploi, une entreprise aura tendance, à coût égal, dans certaines limites, à recruter celui qui est susceptible de lui apporter le plus, donc bien souvent le plus qualifié. Il y a là un double gâchis : les personnes « sans qualité » demeurent exclues et les compétences potentielles des qualifiés laissées en friche. C'est l'ensemble du marché du travail européen qu'il convient en vérité de rééquilibrer et les emplois qualifiés dont il faut accroître le nombre afin de renouer avec un fonctionnement ascendant du marché du travail[15]. D'autre part, seule la création d'emplois qualifiés est porteuse de création de compétences et d'économies externes autour d'elle, lesquelles sont le support d'une dynamique positive qui combinerait progrès de productivité et création d'activités. Enfin, l'emploi qualifié est demandeur, pour être efficient, d'un environnement logistique au sein duquel se trouvent diverses tâches non ou peu qualifiées et entraîne avec lui des embauches pour ces tâches.

Sans doute y a-t-il eu un alourdissement excessif des prélèvements obligatoires sur le travail peu qualifié. Le rectifier pourrait se faire par des mesures spécifiques, par exemple établir une solidarité de financement des systèmes de protection sociale entre grandes entreprises capitalistiques – qui sont peu créatrices nettes d'emplois, voire installées sur une pente durable de réduction – et petites et moyennes entreprises créatrices d'emplois (par le biais, souvent évoqué, d'une modulation des cotisations en fonction de la participation au développement de l'emploi). S'agissant du travail peu qualifié, la priorité demeure que les chômeurs non qualifiés ou déqualifiés par un long séjour dans le chômage et, plus largement, les personnes en voie de désaffiliation sociale soient la cible d'une politique d'insertion dans le travail centrée sur l'aide à la personne *(cf. infra)*.

Un enjeu essentiel des politiques à mener, nous l'évoquions au début de ce chapitre, est d'arriver à rétablir les bases de l'assiette du financement des systèmes de protection sociale, et non de les saper, au fur et à mesure, par des politiques trop généreuses de baisse ou de suppression des charges sociales. Il y a là un équilibre délicat à trouver. Le rétablissement des équilibres financiers exige fondamentalement qu'on crée des opportunités de travail socialement rentables, c'est-à-dire des emplois où la valeur ajoutée créée est supérieure (au moins à terme) au coût de mise au travail. Il est au contraire sans cesse repoussé par la rentabilisation artificielle d'occupations grâce aux subsides publics. L'enjeu est aussi – les réflexions

britanniques actuelles vont en ce sens – d'asseoir ou de recréer l'esprit de responsabilité civique des personnes quant à leur contribution aux systèmes sociaux qui les protègent. Un droit sans devoir n'a que rarement fondé un travail responsable et efficient. Cela souligne à nouveau l'importance d'un système de règles qui soit bien compris, collectivement délibéré et suffisamment sûr pour offrir les bases d'une convention de confiance au sein de l'exercice du travail.

Considéré du point de vue de la collectivité, fondamentalement, l'accent se porte sur la dégradation des capacités et de l'efficience du travail qui provient de la vulnérabilité à l'aléa économique. Structurer l'action des institutions sociales en la matière autour de l'employabilité exige de concevoir celle-ci d'une manière souple, large et, surtout, dans *une perspective* préventive. Il ne s'agit pas d'opposer les deux concepts d'employabilité et de vulnérabilité, mais de bien comprendre que ces deux phénomènes sont dynamiquement liés et qu'une « bonne » employabilité repose sur la réduction de la vulnérabilité individuelle et collective à l'aléa. La critique qu'on doit faire à l'employabilité comme seul fondement des politiques actives est qu'elle prend comme base de l'action l'accélération de la rotation de la main-d'œuvre sur le marché du travail. Or il n'est nullement démontré, même si elle peut être individuellement profitable à court terme à l'employeur, que la rotation est collectivement efficiente compte tenu des pertes en potentiel humain qu'elle engendre. C'est comme si, face aux dangers d'avalanche en montagne, on se préoccupait avant tout des manières de rebâtir le plus économiquement et le plus vite possible les maisons détruites plutôt que de chercher à s'en prémunir par un plan d'occupation des sols définissant les zones constructibles. Ce qui sépare une protection passive d'une sécurité active, c'est qu'on s'efforce de réduire son coût financier par une politique de prévention.

Une conception en termes de Sécurité sociale ne prend plus la survenue du risque économique comme un phénomène *de nature*, une catastrophe naturelle. Elle pose en son centre le problème de sa *capacité à le prévenir*. Deviennent premières l'insertion dans le travail et, celle-ci faite, la vulnérabilité au chômage de ceux qui travaillent, fût-ce en améliorant de manière préventive, c'est-à-dire dans le travail, sa conception et son organisation, leur employabilité future. D'où, encore une fois, l'orientation processuelle et individualisée qui doit devenir prioritaire. Dans les faits, de nombreuses actions vont déjà dans ce sens. Que ce soit en matière d'hygiène et sécurité, de médecine du travail, de formation continue ou même d'apprentissage, c'est, si l'on veut bien s'y arrêter un instant, dans cette perspective que des politiques actives se développent. Le fondement

économique de l'information et de la consultation des salariés d'une entreprise réside dans l'idée que le recueil de leur avis est de nature à améliorer la prévention des aléas. L'exigence accrue des employeurs de pouvoir disposer à tout instant d'une main-d'œuvre adéquate obéit aussi à une logique de prévention de l'aléa. On pourrait multiplier les exemples.

Les institutions sociales doivent agir dans une logique de second rang, de manière à se limiter à soutenir des décisions prises par accord collectif au niveau pertinent (entreprise, branche, territoire, Europe) et à assurer une réalisation conforme. Cela résulte de l'esprit « politique » du concept de subsidiarité et appelle un renversement des rôles respectifs de la politique et du droit. La négociation collective ainsi conçue n'est plus d'ordre stratégique (en rabattre du moins possible sur ses intérêts et, pour cela, tenter de manipuler l'autre sans prendre soi-même de vrais engagements). Cette négociation relève de la sphère du droit dans la mesure où elle devient en charge de biens communs européens (le niveau de l'emploi, la justice sociale, le développement des capacités des individus). Elle est constructive et compréhensive. Elle consiste en un dialogue social attaché à élaborer des *conventions communes* grâce auxquelles chacun puisse éprouver la réalité de l'attachement de l'autre à ces biens communs.

Les cadres collectifs d'une politique du travail

Plus il y a d'emplois, plus il existe d'opportunités de travail et de gain, plus la sécurité de vie est assurée et moins elle coûte financièrement. La meilleure des sécurités est donc celle qui s'appuie sur la création d'emplois. Et celle-ci dépend à son tour de la création d'activités, de compétences et de richesses nouvelles. Il s'ensuit qu'une politique du travail ne peut se limiter à une gestion optimale des trajectoires des personnes. Elle doit disposer de cadres collectifs adéquats et ceux-ci lui seront fournis par des politiques nationales et européennes dédiées à l'amélioration de l'efficience collective. Car il ne s'agit pas d'allouer différemment les ressources existantes par des aides financières, mais d'inciter à la création de ressources *là et au moment où* se présentent des opportunités. Les politiques structurelles en matière d'innovation et de recherche, de formation professionnelle et continue, d'infrastructures collectives, de création de réseaux d'entreprises et d'acteurs collectifs, de dispositifs favorisant la mobilité professionnelle et la création d'entreprise apparaissent primordiales.

Et c'est pourquoi la réflexion sur le devenir du droit du travail en Europe doit être inscrite dans celle sur le développement de l'emploi en

Europe. Mais, en retour, cette inscription aide à reformuler la question de l'emploi. Une chose est sûre. L'emploi résultera plus sûrement de politiques structurelles dédiées à l'efficience collective que s'il est pris comme cible directe et explicite des politiques économiques[16]. Cela découle directement des caractéristiques nouvelles du développement économique en Europe que nous rappelions plus haut : possibilités économiques, potentiel humain, proximités, développement territorial. C'est par une coordination horizontale serrée et durable entre acteurs, créatrice de réseaux et d'entités collectives intermédiaires, que se fera et s'entretiendra la création d'emplois, et non par des politiques verticales et générales. De plus, ces politiques structurelles, en travaillant sur l'environnement des entreprises, améliorent l'efficience collective et réduisent les inégalités de productivité du travail entre les territoires ; elles diminuent ainsi l'incitation à préférer le chantage à la délocalisation à une vraie réflexion stratégique à moyen terme.

L'inscription territoriale de ces politiques est essentielle. Revenons à la mondialisation comprise comme la possibilité pour les entreprises européennes d'avoir le monde comme espace individuel d'action. Nous avons souligné que cette possibilité reposait sur la perspective d'une progression des avantages hors prix. Leur obtention implique l'inscription durable de l'activité de l'entreprise dans son environnement : un territoire, la recherche de coopérations au sein d'un réseau d'entreprises amont-aval, des partenariats avec les populations qui les environnent (collectivités locales, associations professionnelles, agences et laboratoires de recherche publics, universités et systèmes de formation générale et professionnelle). Là sont les territoires économiques, sociaux et politiques au sein desquels la question de la flexibilité, si elle a un sens et une portée, doit être formulée. Là et là seulement peuvent s'engendrer des dynamiques collectives qui lient positivement progrès de productivité, création de ressources et création d'activités. Là sont les cadres collectifs que le droit devrait aider à mettre au jour en Europe pour en faire des espaces de délibération publique, de définition des ressources mobilisables et d'attribution, au fond pour qu'ils deviennent progressivement des espaces où se mette en œuvre une liberté réelle des acteurs (au sens où nous l'avons définie plus haut).

État professionnel des personnes et dispositifs collectifs intermédiaires

L'articulation de l'individuel et du collectif pourrait se faire grâce à ce qui devrait devenir un impératif politique (et il ne peut le devenir que si l'action de l'Europe l'impose comme une convention entre les acteurs, c'est-à-dire une attente mutuelle qui va de soi[17]) : le maintien des personnes aux divers moments de leur vie dans un « état professionnel[18] » qui garantisse l'efficience et le développement de leurs capacités de travail. Car, devant associer exercice d'une liberté effective et changements de travail, un tel maintien de l'état professionnel ne peut se concevoir qu'au sein de dispositifs collectifs. La proposition de droits de tirage sociaux[19] permet d'illustrer les enjeux de tels dispositifs collectifs.

De tels droits individuels seraient progressivement acquis par l'exercice d'un travail. Ils opèrent une libération du temps et fournissent ainsi un espace où instrumenter la flexibilité du travail ; à condition que le travail générateur de droits s'étende, au-delà du travail salarié, au travail indépendant, bénévole, d'utilité publique, au temps de formation continue acquis… selon des formes à définir. Ainsi l'individu se constituerait-il une créance sur des provisions dont il pourrait faire librement usage (d'où la notion de droit de tirage) à divers moments de sa vie. Ce capital ainsi accumulé pourrait être à la fois sous forme monétaire et sous forme de droits (par exemple à exercer une activité bénévole, à suivre une formation, tout en disposant pendant ce temps des ressources nécessaires pour vivre).

En tous ces points transparaît le besoin d'un cadre collectif. La provision (en argent et en droits) pourrait être alimentée de manière mixte : par l'État ou la collectivité territoriale ; par les entreprises dans le cadre de leur contribution à la protection sociale de leurs employés ; par l'individu lui-même dans son effort d'épargne (de temps libre et monétaire) ; par les institutions de Sécurité sociale dans le cadre de leurs prestations. Il faut assurer la continuité temporelle, essentielle pour la vie de l'individu, de l'accumulation de ces droits et de leurs possibilités de tirage au hasard des changements de travail, de régime social, de type de protection, de pays en Europe. De même, la réflexion devrait être impulsée sur la manière de définir des dotations initiales et des abondements ultérieurs qui garantissent de manière absolue un socle suffisant de droits et de possibilités à ceux qui disposent de par eux-mêmes ou de par leur origine sociale de peu de capitaux patrimoniaux, monétaires et humains. Des procédures de délibération collective sont à élaborer qui permettent de traiter de manière socialement juste et économiquement efficiente aux divers niveaux la nécessaire conciliation entre les besoins de la collectivité d'appartenance (l'entreprise, le territoire) et la liberté individuelle d'usage

de ses droits. Objectif d'autant plus important qu'il devrait s'accompagner de l'élaboration d'indicateurs statistiques destinés à mesurer le degré d'effectivité et de réussite des droits ainsi définis.

SYNTHÈSE DU RAPPORT

Le groupe d'experts institué par la Commission européenne a tenté de mener une approche transdisciplinaire et transnationale de l'évolution du droit du travail. Son souci a été de dépasser le clivage entre l'étude *juridique* de l'évolution du droit positif et l'approche *sociologique, économique et culturelle* des réalités du travail, pour tenter de penser descriptivement et normativement l'articulation du droit avec les nouvelles pratiques sociales. Il s'agissait autant d'un exercice de *compréhension* que d'un exercice de *proposition*.

Cadre général de l'approche

Le modèle classique du droit du travail

Le point de départ de l'analyse fut le constat de la crise du modèle de régulation socio-économique auquel était adossé le droit du travail depuis le début du siècle. Ce modèle industriel connaît des variantes nationales importantes. Il peut cependant être décrit de façon idéal-typique comme un cadre régulatoire centré sur : une forme de subordination standardisée ; la diffusion de la famille nucléaire ; et l'institutionnalisation d'acteurs collectifs dans le cadre d'un État national.

Sur le plan institutionnel, ce modèle peut être vu comme un triangle formé par trois instances : l'entreprise, le syndicat et l'État. Sur le plan de son organisation interne, l'entreprise fordiste est orientée principalement vers la production massive de produits peu diversifiés. Elle dissocie systématiquement les phases de conception et d'exécution du travail. Le rapport de travail typique est le rapport salarial (travail subordonné) unissant un employeur avec un travailleur dont le temps de formation est

relativement court, qui est un père de famille (*breadwinner* masculin), engagé à durée indéterminée pour une prestation définie par le poste de travail. Le syndicat de type fordiste est une organisation active centrée non sur le métier (modèle antérieur des corporations), mais plutôt sur le secteur d'activités. Le niveau de négociation clef est donc la branche professionnelle (à l'exception de la Grande-Bretagne, où le niveau de l'entreprise a toujours été privilégié). Enfin, l'État est un État *keynésien*, qui vise à soutenir la demande intérieure (au risque de l'inflation) ; un État *national* qui protège les marchés intérieurs de la concurrence externe ; un *État concertatif*, qui institue des mécanismes de négociation sociale. Le droit du travail et de la protection sociale est standardisant, au sens où il privilégie un modèle unique de rapport de travail (fondé sur le binaire travail subordonné/travail indépendant), garantit une sécurité individuelle passive du travailleur, un temps de travail homogène, des négociations collectives relativement autonomes et un statut particulier pour le fonctionnaire, lié à la notion de service public.

L'évolution actuelle

Il n'est pas difficile de constater l'éclatement du modèle sur ses trois versants. La réorganisation du travail interne aux entreprises a modifié la distinction conception/exécution, notamment par l'apparition d'une production plus « dédiée » de produits déstandardisés ; en conséquence, le rapport de travail s'est flexibilisé, supposant un apprentissage long et continu du travailleur. Les femmes ont fait une entrée massive sur le marché du travail, minant le modèle patriarcal fordiste. La stabilité de l'emploi fait place à des contrats plus aléatoires, et qui ne sont plus définis exclusivement par référence au poste de travail. De leur côté, face au chômage né de la crise économique, les syndicats ont été amenés à redéfinir leur fonction : il ne s'agit plus seulement de revenus et de conditions du travail masculin, mais aussi d'emploi, de survie de l'entreprise, et d'égalité hommes/femmes. Enfin, l'État a abandonné sa politique keynésienne pour devenir un État anti-inflationniste contrôlant son budget, orienté vers le maintien des conditions de la concurrence, et dont la souveraineté nationale est relativisée par l'émergence de mouvements régionalistes autant que par l'apparition de l'échelon européen.

Les orientations du groupe

Face à ces transformations, le groupe a écarté deux choix possibles : le choix de la déstructuration du droit du travail au profit d'une *recontractualisation* (au sens du droit civil) du rapport de travail et de la protection contre le risque ; le choix de la *déconnexion* du social et de l'économique d'une part, *via* la promotion d'une flexibilisation non encadrée par l'acteur collectif et l'État, et d'autre part *via* la proclamation de droits sociaux intégralement déconnectés de l'insertion des individus dans la sphère économique. La troisième voie choisie par le groupe s'appuie sur un diagnostic portant sur l'évolution socio-économique et sur le rappel des exigences démocratiques qui ont présidé à l'instauration du droit social.

Le diagnostic

Le groupe d'experts a pris acte (*cf.* spéc. le chapitre VII) de la pluralisation des « mondes de production » qui caractérise actuellement le sentier de croissance européen. Dans ce cadre, le salariat classique et la production de masse continuent d'occuper une place *relative*, à côté d'autres modes d'organisation de la production. Sur le plan de l'action, tant individuelle que collective, cette pluralisation des options se solde par un accroissement de l'incertitude. La notion de flexibilité doit être interprétée dans ce cadre. Son référent économique n'est pas seulement l'exigence d'une optimalisation des rapports de marché (comme si le marché était le modèle *unique* de coordination économique, à substituer désormais au modèle welfariste). Il est surtout l'exigence d'une optimalisation de rapports pluriels de production, impliquant simultanément la *sécurité* du travailleur et des entreprises face à l'aléa ; le développement de *potentiels* individuels et collectifs ; et le déploiement de rapports de production de *proximité*, le plus souvent *territorialisés*.

Les exigences démocratiques

Le droit social a porté dans le champ socio-économique des exigences démocratiques spécifiques, qui doivent être maintenues et reformulées compte tenu de la situation présente. Le groupe a été particulièrement attentif à quatre d'entre elles. D'abord, l'exigence d'*égalité* doit être maintenue, mais doit intégrer la problématique relativement nouvelle de l'égalité hommes/femmes. Ensuite, l'exigence de liberté suppose que soit maintenue la *protection du travailleur contre la dépendance*. Or celle-ci prend des formes nouvelles. Troisièmement, l'exigence de *sécurité individuelle*, passant par un large éventail de droits sociaux, doit être

repensée comme une sécurité non point *contre* le risque exceptionnel, mais *face à* un aléa devenu omniprésent compte tenu de l'accroissement inéluctable de l'incertitude. Il s'agit donc d'intégrer la gestion de l'incertitude dans la définition même de la sécurité. Enfin, les *droits collectifs* sont les garants d'une participation effective des personnes concernées à la définition du *sens* du travail, des *finalités* autant que des moyens du développement économique. C'est pourquoi ils doivent être maintenus, tout en s'ouvrant à de nouvelles formes de représentation, d'action et de négociation collectives non exclusives des formes antérieures.

Le groupe s'est donc attaché à reformuler les conditions d'effectivité de ces quatre exigences dans différents aspects du droit du travail. Dans ce but, il n'a pas cherché à inventer de toutes pièces un nouveau modèle, mais à épouser *de manière sélective* des tendances *déjà* constatables dans l'évolution du droit européen, et à proposer un cadre d'intelligibilité permettant d'orienter les politiques futures.

Travail et pouvoir privé

L'analyse

Trois tendances caractérisent l'évolution de la notion de subordination. D'abord, la tendance à un certain relâchement des pratiques hiérarchiques. On constate, au sein même du rapport salarial, une plus grande autonomie *opérationnelle* du travailleur. Simultanément, même si le niveau quantitatif du travail indépendant n'est qu'en progression lente dans les pays européens, on constate, sur le plan du droit, une tendance au recul des présomptions de salariat : la volonté tant du juge que du législateur semble être d'élargir le champ ouvert au travail indépendant. Cependant, deuxième tendance, même si *formellement* les pratiques de subordination se relâchent, la précarisation du travail, l'existence d'un chômage de masse et les nouvelles pratiques managériales peuvent causer un alourdissement du poids de la subordination, qui prend la forme de pressions *informelles* sur les travailleurs, spécialement les plus jeunes, les femmes et les moins qualifiés. Enfin, troisième tendance, le rapport entre employeurs et travailleurs se complexifie par l'introduction de tiers, sous forme de sous-traitance ou d'intérim.

Cette évolution a des effets importants sur la protection offerte par le droit social. Le premier effet est, dans de nombreux cas, un accroissement

de *l'insécurité des personnes*. Le cas du « faux indépendant », ou celui du travailleur précaire « invité » à ne pas se syndiquer sont éloquents. Le deuxième effet est l'extension d'*une « zone grise » située entre travail dépendant et indépendant*. Des personnes ou des entreprises sous-traitantes juridiquement indépendantes sont à l'occasion économiquement dépendantes d'un seul ou de quelques clients ou donneurs d'ordre ; inversement, des travailleurs juridiquement dépendants ressemblent de plus en plus, dans la réalité, à des travailleurs autonomes. Enfin, troisièmement, le rapport de travail doit être pensé dans le cadre de *réseaux d'entreprise*, notamment en ce qui concerne la responsabilité du donneur d'ordre en matière de sécurité et d'hygiène des travailleurs de l'entreprise sous-traitante, ou la protection du travailleur intérimaire, ou encore la coresponsabilité des entreprises impliquées dans le respect de la durée du travail, etc.

Les orientations

Face à ces évolutions, le groupe d'experts tient à souligner la nécessité d'un double choix : 1/ la réaffirmation du principe fondamental selon lequel les parties à une relation de travail ne sont pas maîtresses de sa qualification juridique ; 2/ la volonté (prospective) d'élargir le champ d'application du droit social pour englober toutes les formes de contrat de travail pour autrui, et pas seulement la subordination étroite du travailleur.

Dans cette perspective, le groupe préconise les orientations générales suivantes :

– *l'adoption d'une définition communautaire de la notion de travailleur salarié*. Cette définition commune n'existe actuellement qu'en matière de libre circulation des travailleurs. En l'imposant, la Cour de justice a voulu éviter qu'un État puisse, par le jeu d'une définition restrictive, limiter à son gré le champ d'application de ce principe. Ce motif vaut pour l'ensemble des dispositions du droit social communautaire ;

– *le maintien du pouvoir de requalification du contrat de travail par le juge*. La technique, éprouvée jurisprudentiellement, du faisceau d'indices, doit permettre d'adapter le champ d'application du droit du travail aux nouvelles formes d'exercice du pouvoir dans l'entreprise, en se gardant de toute définition restrictive de la subordination sur la base d'un seul critère (fût-il celui de la « dépendance économique », ou de l'« intégration à l'entreprise d'autrui ») ;

– *la consolidation d'un statut spécifique de l'entreprise d'intérim, la mise en chantier de catégories de coactivité et de coresponsabilité des*

employeurs devraient permettre de rencontrer le problème de la complexification née du recours accru à l'entreprise dépendante. Parallèlement, la lutte contre le trafic de main-d'œuvre reste bien sûr une priorité. Tout cela pourrait faire l'objet, dans le respect du principe de subsidiarité, d'une intervention européenne (sur le modèle des directives relatives à la prestation de service intraeuropéenne ; ou de la directive imposant une coordination aux entreprises intervenant sur un même chantier de bâtiment ou de génie civil pour ce qui concerne la santé et la sécurité des travailleurs) ;

– *l'application de certains aspects du droit du travail aux travailleurs qui ne sont ni salariés ni entrepreneurs* : le besoin d'une protection adaptée à la situation propre de ces travailleurs a été pris en considération par plusieurs droits nationaux (notions d'*arbeitnehmeränhliche Personen* en droit allemand, ou de *parasubordinazione* en droit italien). Les travailleurs qui ne peuvent être qualifiés de salariés, mais qui se trouvent dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un donneur d'ordre, doivent pouvoir bénéficier des droits sociaux que justifie cette dépendance.

Travail et statut professionnel

L'analyse

En droit du travail, la notion de statut professionnel lie des formes de protection diverses à la qualification des situations de travail dans lesquelles se déroule la vie du travailleur. Or le modèle fordiste du statut professionnel est en voie de décomposition, sur quatre points. D'abord, la continuité du *statut* était typiquement assimilée à la continuité d'un emploi toute la vie durant. Or cette continuité de l'emploi est mise en question par la flexibilisation interne (transformations du travail au service d'un même employeur) ou externe (précarisation des contrats), de même que par l'existence du chômage. Ensuite, le statut professionnel fordiste était défini par la *profession*. On constate cependant une relativisation du critère professionnel au profit d'autres définitions, notamment celle fondée sur le poste de travail évalué en termes *monétaires* (voir par exemple les règles du chômage). Troisièmement, la *pluralisation* des statuts met en berne l'idéal d'unicité fordiste. Il faut noter que les pouvoirs publics, par leur politique de subventionnement des emplois, marchands ou non marchands, ont fortement contribué à cet éclatement. Enfin, l'*unicité de l'employeur* est

mise en échec, tant en synchronie (groupes ou réseaux d'entreprises) qu'en diachronie (succession d'employeurs).

Les orientations

Devant cette situation, le choix du groupe d'experts n'est pas le maintien du *modèle de l'emploi* au sein du droit du travail. À ses yeux, ce serait, compte tenu de l'inéluctable flexibilisation du travail, un encouragement à la dualisation du monde du travail. Il plaide plutôt pour une reconfiguration de la notion de sécurité, sur trois plans conjugués :

– *le statut professionnel doit être redéfini de façon à garantir la continuité d'une trajectoire plutôt que la stabilité des emplois*. Il s'agit d'abord de protéger le travailleur dans les phases de transition entre des emplois. On doit être particulièrement attentif aux droits de reclassement en cas de licenciement ; aux changements de statut (de salarié à indépendant, par exemple) ; au couplage entre formation et emploi ; entre chômage et formation, entre école et entreprise ; à l'accès au premier emploi, et à l'évitement du chômage de longue durée. En second lieu, il faut construire de nouveaux instruments juridiques pour assurer la continuité de l'état professionnel des personnes par-delà la diversité des situations de travail et de non-travail. L'enjeu n'est rien moins que l'abandon du modèle de la carrière professionnelle linéaire. Les interruptions de carrière et les réorientations d'activité doivent être intégrées comme les conditions *normales* de cet état professionnel. Cette continuité peut être assurée par la loi ou par la convention collective ;

– *le statut professionnel doit être déterminé non plus à partir de la notion restrictive d'emploi, mais de la notion élargie de travail*. Le droit social ne peut plus rejeter dans l'ombre les formes non marchandes du travail. Cependant, la notion d'activité a été écartée par le groupe, en raison de son indétermination. Le travail se distingue de l'activité en ce qu'il répond à une obligation, volontairement souscrite ou légalement imposée, souscrite à titre onéreux ou gratuit, attachée à un statut ou à un contrat. Le travail s'inscrit toujours dans un lien de droit.

En conséquence, l'état professionnel des personnes élargi recouvre trois des quatre cercles du droit social. Les droits propres au travail salarié (l'emploi), les droits communs de l'activité professionnelle dépendante ou indépendante (hygiène, sécurité, etc.) et les droits fondés sur le travail non professionnel (charge de la personne d'autrui, travail bénévole, formation de soi-même, etc.) constituent ensemble les trois cercles de droits devant être liés à la notion de statut professionnel. Les droits sociaux universaux,

garantis indépendamment de tout travail (soins de santé, aide sociale minimale, etc.), échappent à cette notion. Ils méritent d'être protégés par une législation spécifique. Quant au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, il s'applique indistinctement aux quatre cercles ;

– *à l'état professionnel des personnes correspondent des droits de tirage sociaux de divers ordres.* On constate aujourd'hui l'apparition de droits sociaux spécifiques, nouveaux sur deux plans : ils sont à l'occasion déliés de l'emploi au sens strict (crédits d'heure des délégués syndicaux ; crédits formation ; congés parentaux, etc.), même s'ils sont liés à une forme de travail constituant une créance ; ils s'exercent de façon optionnelle, et non pas en fonction de la survenance de risques. Ces droits d'option s'ajoutent aux droits sociaux traditionnels tout en permettant une gestion individuelle de la flexibilité. C'est pourquoi le groupe recommande d'entamer la réflexion sur la reconfiguration du droit du travail en termes de distribution de *droits de tirage sociaux,* notion qui semble apte à rencontrer l'exigence d'une « sécurité active dans l'incertitude ».

Travail et temps

L'analyse

Sans préjudice de la problématique quantitative du temps de travail, qui est vraiment importante et fait l'objet de débats très actuels, le groupe s'est concentré sur l'analyse de la problématique qualitative. Trois éléments nouveaux bouleversent en effet la perception du temps social. D'abord, le temps fordiste était un étalon *général* du travail, et par conséquent sa réglementation était un des instruments régulatoires privilégiés. Or cet instrument est adéquat seulement dans un cadre taylorien de production de masse. L'apparition de nouveaux modes de production exige d'autres étalons de mesure du travail, de la subordination qui lui est liée, et des insécurités qu'il fait naître. En particulier, la tertiarisation de nombreux métiers, y compris dans le secteur manufacturier, modifie qualitativement le rapport au temps. Ainsi, le *surmenage* et la *mobilisation totale* du travailleur peuvent paradoxalement aller de pair avec une diminution formelle du temps de travail. Le maintien d'un étalon purement quantitatif du temps risque donc de masquer la diversité des modes d'implication au travail, appelant de nouvelles protections. En second lieu, la flexibilisation de l'organisation du travail entraîne une *fragmentation* du temps, à étudier de deux points de vue. Du point de vue du *travailleur individuel,* le temps

partiel et le temps flexible sont des promesses de liberté autant que des menaces de subordination accrue. Les femmes en particulier sont victimes du processus. La question clef à cet égard réside dans les dispositifs de négociation de la flexibilité et du recours au temps partiel. La différence est grande entre les pays où le processus a été négocié collectivement (Pays-Bas) et les pays où font défaut ces encadrements collectifs. Du point de vue *collectif*, la fragmentation du temps entraîne de nouveaux problèmes de coordination. Les rythmes collectifs sont brisés, et avec eux les conditions d'une intégration sociale. Le débat sur le repos dominical est révélateur sur ce point. Enfin, apparaît clairement une *nouvelle problématique du temps disponible*, insaisissable en termes fordistes. Ceux-ci définissent à tort le temps disponible comme un temps de repos. Or ce temps est consacré pour partie à des tâches non professionnelles (éducation, tâches domestiques, vie communautaire), qu'il faut traiter comme de vrais *travaux*. Ajoutons que le travail projette son ombre sur le temps disponible (travail au sifflet, tâches non comptabilisées, etc.). Dès lors se pose la question des conditions *d'effectivité* de la libre disposition du temps non professionnel.

Les orientations

Même si l'on doit sonner le glas du temps uniforme, il n'en reste pas moins que le droit peut assurer un minimum d'intégration des temporalités. Dans ce but, le groupe a dégagé quelques orientations :

– *une version compréhensive du temps individuel et du temps collectif est exigée du droit.* On doit tirer toutes les conséquences du principe général de l'adaptation du travail à l'homme (et non l'inverse). Sur le plan individuel, il importe par exemple de ne pas limiter la réflexion au temps de la prestation seulement, mais d'inclure aussi une réflexion sur la durée du contrat. Celle-ci n'est pas sans incidence sur les conditions d'apprentissage des règles élémentaires de sécurité, par exemple. De même, le temps de la vie, avec ses différentes exigences (maternité, éducation des enfants, formation…) doit être préservé de façon compréhensive. Sur le plan collectif, le droit doit veiller au respect de certains principes structurant la coordination et les rythmes sociaux, ceux de la famille comme ceux de la cité ;

– *cette conception est déclinée dans des principes substantiels.* Des principes généraux, ouvrant à des droits subjectifs effectifs, doivent être garantis, y compris au niveau communautaire. Par exemple, le *droit à une vie familiale et sociale* est un principe consacré par l'article 8 de la

Convention européenne des droits de l'homme ; il va plus loin que la directive 93/104, qui en reste à une définition fordiste du temps libre, et ne se préoccupe que de la santé et de la sécurité du travailleur. La question du travail de nuit pourrait être réévaluée à cette aune des *principes* ;

– *cette conception est mise en œuvre dans des dispositifs collectifs de négociation.* L'individualisation du temps ne doit pas être confondue avec la recontractualisation de la négociation sur le temps. Les négociations collectives sont le niveau le plus adéquat de production de la norme temporelle. Elles doivent être systématiquement encouragées, sous peine de sanctions. Mais cela suppose une modification significative des coordonnées de la négociation collective, dont nous allons à présent traiter.

Travail et organisation collective

L'analyse

Concernant la négociation collective, le groupe d'experts a pu constater l'étonnant *dynamisme* de cette institution fordiste en voie de reconfiguration, dynamisme caractérisé par une triple extension. Extension des *objets* de la négociation d'abord, dans la mesure où la négociation rentre désormais résolument dans le champ de la gestion des entreprises (flexibilité du temps et du travail, plans sociaux) et connecte le monde des actifs au monde des non-actifs (maintien de l'emploi). Extension des *sujets*, ensuite, dans la mesure où ces négociations concernent désormais *aussi* des travailleurs non salariés, ou des patrons atypiques (monde associatif). Extension des *fonctions*, enfin, qui, outre les fonctions de gestion interne à l'entreprise, se marque dans une complexification remarquable du rapport entre loi et conventions collectives : la convention collective se voit confier des fonctions de mise en œuvre de l'impératif légal, voire des fonctions quasi législatives, soit parce que la loi s'annonce comme supplétive à l'égard de la convention, soit parce que l'élaboration de la loi est renvoyée à la concertation sociale (au niveau communautaire, cette tendance est consacrée par l'art. 3 de l'accord social de Maastricht).

Cependant, ce dynamisme doit être mis en relation avec deux *troubles sur la concertation sociale*, qui à la fois en résultent et l'alimentent. Il y a d'abord un trouble sur la *représentation* : d'une part, on constate une tendance à la désyndicalisation ; d'autre part s'affirment la fragmentation et la complexification de la représentation, au sein du monde syndical, ou en dehors de lui par l'apparition de représentations alternatives (chômeurs,

autres groupes d'intérêt comme les consommateurs ou les défenseurs de l'environnement). Cela entraîne un double mouvement de recomposition interne de l'acteur syndical et/ou de sa relativisation au sein de l'arène de négociation. Le même processus s'observe du côté patronal, caractérisé par une surreprésentation de l'entreprise industrielle par rapport au « nouveau patronat » (petites et moyennes entreprises, notamment). Le second trouble porte sur *l'architecture* de la concertation. D'une part, on assiste à un recentrage *au sein de* la carte fordiste : l'entreprise tend à être un niveau de plus en plus privilégié au détriment du rôle central dévolu traditionnellement à la branche professionnelle (apparition des *Öffnungsklauseln* en Allemagne, en Italie, et dans d'autres pays). D'autre part, une carte en gestation tend à se superposer à la carte fordiste. À la hiérarchie entreprise/secteur/nation se superpose tendanciellement une construction entreprise/réseaux d'entreprises (groupes, territoires…)/Europe. La coordination des instances devient en conséquence extrêmement confuse, confusion qui se marque notamment dans des difficultés d'interprétation du principe *de faveur,* principe fondamental du droit du travail traditionnel.

Les orientations

Face à ces trois évolutions, le groupe d'experts recommande :

– *le soutien actif des instances étatiques (communautaires notamment) à la recomposition de la négociation collective* : l'ouverture du champ du négociable, la pluralisation des sujets et des fonctions de la négociation doivent être encouragées comme la seule réponse aux exigences de flexibilisation qui soit conforme à la tradition du droit du travail. Ce soutien peut passer par des obligations de négocier, et des dispositions procédurales en matière de représentation ;

– *concernant la représentation* : le groupe voit un danger relatif au centrage exclusif sur l'entreprise. C'est dans cette perspective qu'il a abordé le débat sur le *double* système de représentation (conseils d'entreprise/délégation syndicale). Le groupe estime que leur *complémentarité* l'emporte sur leur antinomie. Cette complémentarité doit être pensée comme celle d'un support réciproque. Les syndicats ont besoin de relais au sein des entreprises, dont la légitimité peut passer par la voie élective ; inversement, la représentation d'entreprise doit pouvoir s'appuyer sur des instances de coordination à un niveau plus élevé pour pallier les effets de « corporatisme d'entreprise ». De même, il met en garde contre toute tendance néocorporatiste, qui refuserait des formes de représentation

alternative : l'ouverture des objets, des sujets et des fonctions implique *ipso facto* l'ouverture à des formes alternatives de thématisation de l'intérêt collectif. Tout cela conduit, en conformité avec les tendances de la jurisprudence (française notamment), à déconseiller le principe du monopole syndical pur et simple ;

– *concernant la pluralisation des lieux de négociation* : sans nier la pertinence d'autres instances, le groupe d'experts souligne l'importance de la reconfiguration centrée sur des *réseaux d'entreprises* (dont la directive 92/57 constitue une amorce) et des *réseaux territoriaux réunissant des entreprises et d'autres groupes d'intérêts* (à l'échelon municipal ou régional, par exemple). Cette configuration semble apte à rencontrer les défis nés de la réorganisation des entreprises, et, plus généralement, pourrait faciliter le passage d'une politique de l'emploi à une politique du travail, au sens défini ci-dessus. En ce qui concerne le principe de faveur, le groupe recommande de ne pas s'en tenir à une interprétation individualiste et monétaire de l'intérêt du travailleur, mais d'intégrer d'autres critères, collectifs et non monétaires.

Travail et État

L'analyse

Avec le fordisme, l'État national et keynésien est rentré en crise. Ce sont d'abord les conditions de la *réglementation* qui ont été bouleversées : l'État fait face à une individuation croissante des styles de vie et des demandes citoyennes, individuation qui conteste ouvertement le caractère paternaliste qu'a pu prendre l'État-providence. En outre, l'ouverture du marché européen, les restrictions budgétaires et l'exigence de lutte contre l'inflation mettent un terme à l'expansion continue des services étatiques. Deuxièmement, les conditions de *l'action publique* se modifient. Au niveau des services publics, le mouvement général est le passage d'un État gérant à un État garant. Cela suppose de nouvelles formes d'intervention dans la société civile. De son côté, la fonction publique n'est pas épargnée : le statut particulier du fonctionnaire a tendance à se transformer en un contrat de travail commun (à des degrés divers selon les pays). Enfin, des transferts relatifs de *souveraineté* ont été consentis au profit de l'Union.

Ces trois évolutions menacent les possibilités d'autodétermination de la société politique. Celle-ci ne peut se satisfaire ni d'un État minimal (néolibéralisme) ni du maintien pur et simple de l'État-providence. Un

nouveau mode d'intervention de l'État doit être dégagé, spécialement en matière socio-économique.

Les orientations

Le groupe d'experts suggère que cette refondation soit liée à une conception globale des droits sociaux fondée sur la solidarité.

Selon le groupe, cette *solidarité* ne doit pas être conçue seulement comme une solidarité face au *besoin individuel.* Une telle compréhension n'accorderait les droits sociaux qu'en situation de carence individuelle avérée. Elle transformerait l'État social en État d'assistance, voire de charité. Son objet ne doit pas non plus être défini comme une protection passive des individus et des entreprises, sur la base d'un catalogue de risques clôturés. Il s'agit plutôt d'une solidarité assurant une *sécurité* individuelle et collective face à l'aléa, au sens défini (notamment au chapitre VII du rapport).

Deux types de garanties doivent pouvoir être apportées dans ce domaine :

– *des garanties procédurales.* Les droits sociaux supposent la participation des personnes concernées à leur détermination *via* des *médiations collectives,* notamment au travers de représentations reconnues et d'instances de concertation sociale démultipliées. Si la loi fixe les grands objectifs du système, leur mise en œuvre est enfermée dans une logique conventionnelle. Dès lors, la convention n'apparaît plus comme un simple mode de règlement des relations entre les parties, mais comme un instrument juridique d'association des parties à la poursuite des objectifs définis par la loi. Dans ce travail d'appropriation de l'intérêt général, des agences indépendantes, pourraient jouer un rôle utile à condition d'être gérées par un éventail ouvert d'acteurs collectifs.

– *des garanties substantielles.* En termes de contenus matériels, de façon prioritaire, l'Union européenne devrait s'attacher à garantir les droits sociaux fondamentaux au niveau européen. Ces principes de base, que l'on trouve déjà partiellement reconnus dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, pourraient utilement être constitutionnalisés. Une telle perspective s'inscrit naturellement dans la dynamique communautaire, marquée par la prévalence du socio-économique, à ce stade-ci de sa construction. Ces droits fondamentaux doivent être déclinés dans les quatre cercles définis ci-dessus, selon le principe de subsidiarité.

Plus que celui de protection sociale, le concept de citoyenneté sociale apparaît apte à synthétiser aujourd'hui les objectifs d'un redéploiement du

droit du travail, et du droit social en général. Malgré la diversité de conceptions nationales de la citoyenneté, ce concept pourrait constituer un instrument conceptuel adéquat pour penser le droit social à l'échelon européen. Il présente l'intérêt d'être *englobant* (il couvre de nombreux droits, pas seulement l'affiliation à l'assurance sociale) ; il relie les droits sociaux à la notion d'*intégration sociale*, et *pas seulement* à celle de travail ; et surtout, il connote l'idée de *participation.* La citoyenneté suppose en effet la participation des personnes concernées à la définition et à la mise en œuvre de leurs droits. Il est en outre remarquable de constater que la citoyenneté sociale peut faire l'objet d'une reconnaissance juridique, comme c'est déjà le cas en Allemagne.

La lutte contre la discrimination hommes/femmes

L'analyse

Le groupe d'experts a estimé qu'en raison de son importance et de sa permanence, la question de la discrimination hommes/femmes dans le champ du travail méritait d'être traitée dans un chapitre séparé. Le constat de base est le suivant : les transformations actuelles du travail introduisent des facteurs de discrimination hommes/femmes qui ne se substituent pas, mais s'ajoutent aux facteurs de discrimination qui trouvaient leur source dans l'organisation du travail née de l'industrialisation. Cette organisation, qui établissait une séparation entre un travail féminin reproductif et un travail masculin productif, a été formalisée par le droit du travail classique. Comme on le sait, celui-ci fut en effet marqué d'un fort préjugé patriarcal, faisant du travailleur masculin son référent presque exclusif. Malgré l'entrée en masse des femmes sur le marché du travail à partir des années soixante, le droit du travail n'a pas réussi à venir à bout des discriminations : l'extension de l'égalité formelle aux travailleuses a permis de lutter contre certaines discriminations, mais a laissé échapper des facteurs *réels* de discrimination nés de la division sexuelle du travail et de la répartition des responsabilités domestiques. Les disparités salariales et la surcharge de travail (la « double journée de travail ») ont persisté. À cette situation, s'ajoutent désormais deux séries de facteurs qui aggravent les discriminations. Les transformations actuelles du travail, dans tous les registres que nous avons mentionnés ci-dessus, ont des effets réels particulièrement lourds pour les femmes : l'accroissement de la

subordination, l'insécurité accrue, la perturbation de la vie privée par la flexibilisation des horaires… touchent particulièrement les femmes. À ces facteurs endogènes au champ productif s'ajoutent des facteurs exogènes, nés de la transformation de la vie familiale, qui ont souvent pour résultat d'accroître les contraintes économiques pesant sur les femmes, renforçant ainsi les effets des premiers facteurs.

Les orientations

Face à ces discriminations aggravées, le groupe d'experts recommande :

– de prolonger l'effort d'égalisation formelle hommes/femmes dans tous les domaines où cela s'avère suffisant ;

– de compléter ces protections par des mesures spécifiques tenant compte de situations particulières aux femmes et des inégalités persistantes dans la répartition des tâches domestiques : congés de maternité, continuité du statut professionnel malgré des interruptions, congés éducatifs, etc. Ces mesures peuvent aller jusqu'à l'action positive ; à cet égard, il invite la Commission et les États membres à utiliser sans timidité excessive l'article 141.4 du traité d'Amsterdam ;

– de porter une attention particulière à la question de la *représentation des intérêts des femmes* dans les négociations collectives. Compte tenu de la structuration encore masculine du monde syndical et patronal, il faudrait s'interroger sur la possibilité d'introduire des obligations particulières de représentation féminine dans les instances de la concertation sociale.

NOTES

Introduction

1. Définition de la mission du groupe d'experts, note du 18 juillet 1996.

I. Travail et pouvoir privé

1. Voir G. ESPIN-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* Cambridge, 1990 ; M. FERRERA, *Le trappole del Welfare*, Bologne, 1998.

2. Voir C. BERETTA, *Il lavoro tra mutamento e riproduzione sociale*, Milan 1995, qui montre – avec des données provenant d'une enquête – commen le nombre de travailleurs se sentant autonomes est en augmentation, e atteint des niveaux particulièrement élevés (pratiquement un sur deux) dans les pays tels que la Hollande ou l'Italie.

3. Voir Commission européenne, *Livre vert Partenariat pour une nouvelle organisation du travail* [COM (97) 128 final], avril 1997, § 18 *sq.*

4. Voir R. SALAIS et M. STORPER, *Les Mondes de production*, Paris, EHESS 1996.

5. BIT, *Promotion de l'emploi indépendant*, Genève, 77e session de la conférence internationale du Travail, rapport VII, 1990, tableau A1, p. 108.

6. *L'Emploi non salarié en Europe* (1983/94), source Eurostat.

7. Commission européenne, *Employment in Europe*, Bruxelles Luxembourg, 1996.

8. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 13 avril 1989 ; voi M. RODRIGUEZ-PIñERO, « La volundad de las partes en la calificación de

contrato de trabajo », *Relaciones Laborales*, n° 18, 1996/3.

9. Bundesarbeitsgericht, 9 mai 1996, *Der Betrieb*, 1996, 2033 (affaire Weight Watchers). L'employeur souhaitait transformer son réseau d'établissements en un réseau d'agences franchisées. Il s'est vu reconnaître le droit de licencier son personnel à cette fin et de proposer à des salariés ainsi licenciés le statut de collaborateurs libres *(freie Mitarbeiter)*.

10. C. trav., art. L. 120-3 ; C. Séc. soc., art. L. 311-11 ; voir B. Teyssié *Droit social*, n° 667, 1994 ; J. Barthélemy, *JCP*, 1994, E, I, 361 M. LAROQUE, J.-E. RAY, F. DOROY, J.-P. CHAUCHARD et G. LYON-CAEN, « Sur la loi Madelin », *Droit social*, juil.-août 1995, 631 *sq*.

11. Voir sect. 12 *a* de la loi de 1974 sur les conventions collectives *(Tarifsvertragsgesetz)*.

12. Voir L. MENGONI, « La questione della subordinazione in due trattazioni recenti », *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986/1, p. 5 *sq*. ; M.-V. BALLESTRERO, « L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato », *Lavoro e diritto*, 1987, p. 41 *sq*.

13. « *Si considerano tali (rapporti di collaborazione coordinata e continuava) i rapporti aventi per oggetto la prestazione di attività, non rientranti nell'oggetto dell'arte o della professione esercitata ai sensi del comma 1 dell'art. 49 del testo unico que pur avendo contenuto intrinsecamente artistico o professionale sono svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita* » (Testo unico delle imposte sui redditi décret du 22 décembre 1986, art. 49-2-A).

14. Voir. C. LAGALA, « Il contriuto del 10 % », *Diritto & Pratica del lavoro*, n° 4/1997, 201 ; R. VIANELLO, « La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero-professionale e di collaborazione coordinata e continuativa », in C. CESTER (dir.), *La riforma del sistema pensionistico*, Turin, Giappichelli, 1997, p. 270 *sq*.

15. Les seuls Länder de Hesse et de Rhénanie-Westphalie, à l'origine d'un projet de loi pour lutter contre la fausse indépendance (voir *infra*), ont évalué à 10 milliards de marks par an les pertes de cotisations sociales dues à l'indépendance fictive.

16. LEVINSSON, K., and SCB, *Inquiry*, 1996.

17. LUNDGREN, K., *Livslängt lärande*, Nerenius & Santérus, 1996, p. 114 115.

18. Voir en ce sens la décision du Bundesverfassungsgericht (Cou constitutionnelle fédérale allemande) du 20 mai 1996 (1 BvR 21/96) selor laquelle la notion de salarié est un idéal type dont les divers éléments n'on en eux-mêmes qu'une fonction d'indices.

19. Act (1976 : 580) ; voir SOU, 1975, 1, p. 722.

20. F. GAUDU, « L'application du droit du travail à des travailleurs nor salariés », *Rev. jur. Île-de-France*, n° 39/40, 1996, p. 163 *sq.*

21. Cass. Soc. 13 nov. 1996 (Société générale) ; *Droit social*, 1996 p. 1067, obs. Dupeyroux.

22. Voir par ex. en France les travaux de Paul Cuche dans les années trente

23. Dans une publication intitulée « Arbeitnehmer und Selbständige » (1988) ; voir résumé de cette thèse in *Der Betrieb*, 1992, p. 90.

24. Publiée in *Entscheidungsamlungs zum Arbeitsrecht*, § 611, BGE Arbeitnehmerbegriff, n° 29.

25. Décision du 31 juillet 1996, publiée in *Entscheidungsamlungs zun Arbeitsrecht*, § 611, BGB Arbeitnehmerbegriff, n° 57.

26. *Introduccion al Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 5e éd. 1994, p. 6 *sq.*

27. Loi n° 93-1418 du 31 Déc. 1993 et Décr. 94-1159 du 26 déc. 1994 transposant la directive communautaire « Chantiers temporaires e mobiles » n° 92/57 du 24 juin 1992 : C. trav. art. L. 235-2 s. et R. 238-3 *sq.*

28. M.-L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droi du travail », *Travail et emploi*, n° 60, 1994, p. 23 *sq.* ; et, du même auteur « Sous-traitance et coactivité », *Rev. jur. Île-de-France*, n° 39/40, 1996 p. 115 *sq.*

II. Travail et statut professionnel

1. Voir déjà la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en ce sens, e notamment CJCE, 26 septembre 1996, *Droit social*, 1997, p. 185, obs A LYON-CAEN.

2. Commissariat général du Plan, *Le Travail dans vingt ans*, Rapport de la commission Boissonnat, Paris, Odile Jacob, 1995.

3. Cass. soc. 19 fév. 1997 (Cie générale de géophysique), *Droit social* 1997, p. 432, obs. critiques G. Couturier.

4. Pour une comparaison des législations nationales, voir Commission européenne, *Cessation de la relation de travail. Situation juridique dans les États membres de l'Union européenne*, 1997, 66 p. + annexes.

5. A. ICHINO, P. ICHINO, « A chi serve il diritto del lavoro ? » *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n° 4, 1994.

6. Les développements qui suivent reprennent des analyses déjà publiées par A. SUPIOT, in « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Droit social*, 1997, p. 229.

7. *Le Travail dans vingt ans, op. cit.*, spéc. p. 278 *sq.*

8. Th. PRIESTLEY, « À propos du “contrat d'activité” », *Droit social*, 1995 p. 955 ; comp. la proposition d'un « statut de l'actif » avancé par F. GAUDU « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Droit social*, 1995, p. 535.

III. Travail et temps

1. B. CORIAT, *L'Atelier et le Chronomètre*, Paris, Christian Bourgois coll « Choix-essais », 1994, p. 12.

2. B. CORIAT, *ibid.*, p. 62-63.

3. C. SABEL et J. ZEITLIN, *World of Possibilities : Flexibility and Mass Production in Western Industrialization*, Cambridge University Press 1997.

4. Certaines des analyses reprises ici sont issues de travaux antérieurs de certains membres du groupe d'experts, où on les trouvera plus amplement développées (J. DE MUNCK, « How to regulate working time ? From the homogenization to the proceduralization of time », à paraître ; A. SUPIOT « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Droit social*, 1995 p. 947-954).

5. Sur la naissance, dans l'économie politique anglo-saxonne, de l'idée selon laquelle « le travail c'est du temps », voir D. MÉDA, *Le Travail, une valeur en voie de disparition*, Paris, Aubier, 1995.

6. C. CROUCH et W. STREECK, *Les Capitalismes en Europe*, Paris, La Découverte, 1996.

7. U. MÜCKENBERGER, « Non-Standard Forms of Work and the Role of Changes in Labour and Social Security Regulation », *International Journal of the Sociology of Law*, n° 17, 1989, p. 381-402.

8. D. SOSKICE, « Wage Determination : the Changing Role of Institutions in Advanced Industrialised Countries », *Oxford Review of Economic Policy*, n° 4, 1990.

9. Voir dir. 93/104 concernant certains aspects de l'organisation du temps de travail, art. 2-1 et 2-2.

10. Sur ces deux représentations du temps, voir E. PANOFSKY, « Father Time », in *Studies in Iconology*, Oxford University Press, 1939, trad. fr *Essais d'iconologie*, Pans, Gallimard, 1967, chap. III : « Le Vieillard Temps », p. 105 *sq.*

11. Soc. 15 févr. 1995 (Dulac), *Droit social*, 1995, p. 381, obs. J. Savatier (veilleurs de nuit dans une maison de retraite).

12. M. AGLIETTA, *Régulation et crises du capitalisme. L'expérience des États-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Perspectives de l'économique » 1976, p. 31.

13. G. CROSS, *Time and Money. The Making of Consumer Culture* Londres/New York, Routledge, 1993, p. 77.

14. Voir les premières dispositions permettant le travail de nuit aux femmes qui exerçaient des fonctions de direction et de responsabilité : ces fonctions les faisaient participer au temps masculin…

15. Et même les hommes, dès lors qu'ils s'adonnent aux tâches domestiques !

16. B. CORIAT, *« Penser à l'envers ». Travail et organisation dans l'entreprise japonaise*, Paris, Christian Bourgois, coll. « Choix-essais » 1991.

17. *Ibid.*

18. St. WOOD, « Le modèle japonais : postfordisme ou japonisation du fordisme ? » in J.-P. DURAND éd., *Vers un nouveau modèle productif ?* Paris, Syros, coll. « Alternatives économiques », 1993.

19. SOU, 1996, 145, p. 576

20. Voir J. FREYSSINET, *Le Temps de travail en miettes*, Paris, Éd. de l'Atelier, 1997.

21. Daniel Mothé a souligné, à juste titre, que la « détaylorisation » du travail entraîne un accroissement de la part du « travail invisible » dans la vie des salariés. Ceux-ci sont contraints à une concurrence de plus en plus rude entre eux, qui dans le secteur tertiaire se joue dans la conquête de l'« univers informationnel ». Cette concurrence se réalise pour l'essentiel en dehors des heures officielles. C'est dire que le temps de travail effectif correspond de moins en moins à sa durée officielle dans la société postindustrielle. Voir D. MOTHÉ, « Le mythe du temps libéré », *Esprit*, août-septembre 1994, p 52-63.

22. Voir le dossier réalisé par les inspecteurs du travail de la région Rhône-Alpes, « La ruée vers l'heure des nouveaux temps modernes », *CFDT - Voix du Rhône*, n° 330, mars 1997.

23. Voir F. FAVENNEC-HÉRY, *Le Travail à temps partiel*, Paris, Litec, 1997 p. 23 *sq.*

24. Voir dir. 97/81 du 17 déc. 1997 concernant l'accord-cadre sur le temps partiel.

25. Voir M. MARUANI et C. NICOLE, *Au labeur des dames*, Paris, Syros 1989.

26. Voir P.-F. VAN DER HEIJDEN, *The Flexibilization of Working Life in the Netherlands*, Contribution for the 15th Congress for the Academy of Comparative Law, 1998.

27. Min. du Trav., Premières synthèses 98/01, n° 3.

28. La liste de ces congés spéciaux s'allonge chaque année, décourageant l'inventaire. Voir, pour l'Italie, G. GIUGNI *et al.*, *Codice di diritto del lavoro* Bari, Cacucci, 1994, p. 450 *sq.* ; pour l'Espagne, J.-A. SAGARDOY, J.-L. GIL Y GIL *et al.*, *Prontatuario de derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2e éd 1995, p. 340 *sq.*, pour la France, *Rép. trav. Dalloz*, t. I, v° « Congés » par M.-A. Bousiges ; derniers en date : le congé pour enfant malade (loi du 25 juil. 1994, *C. trav.* art. L. 122-28-8), et le congé de solidarité internationale (loi du 4 févr. 1995, C. trav. art. L. 225-9 s.)

29. Voir notamment la technique des « crédits d'heures » des représentants du personnel.

30. Voir F. FAVENNEC-HÉRY, *op. cit.*, p. 243 *sq.*

31. Voir D. MEURS et P. CHARPENTIER, « Horaires atypiques et vie quotidienne des salariés », *Travail et emploi*, n° 32, 1987, p. 47.

32. *JOCE*, n° L.307/21 du 13 déc. 1995. La version anglaise – plus restrictive – évoque « the general principle of adapting work to the worker »…

33. Y compris par l'exposé des motifs de la directive 91/383 du 25 juin 1991 relative aux emplois atypiques. Témoignages, enquêtes et statistiques concordent tous sur ce point : voir *Souffrances et précarité au travail Paroles de médecins du travail*, ouv. coll., Paris, Syros, 1994, 357 p. ; « Le Dossier noir du travail précaire », in *Santé et travail*, n° 8, 1994.

34. Dir. 94/33 du 22 juin 1994, art. 8.

35. *JOCE*, n° L. 123/16 du 8 mai 92, p. 199. Ce nouveau type de dispositions devrait « permettre aux femmes et aux hommes de concilier leurs responsabilités professionnelles, familiales et d'éducation découlant de la garde des enfants » (art. 1) ; créer des « congés spéciaux permettant à des parents salariés, hommes et femmes, qui le désirent, de s'acquitter efficacement de leurs responsabilités professionnelles, familiales et d'éducation » (art. 4) ; « créer un environnement, des structures et une organisation du travail qui tiennent compte des besoins de l'ensemble des parents qui travaillent et assument des responsabilités en matière de garde et d'éducation des enfants » (art. 5). Voir les orientations semblables de la recommandation n° 165 de l'OIT concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales.

36. *JOCE*, du 20 avr. 1963, p. 1338, voir deuxième principe, § *a*, *f*, *g*, qui prévoit de « réaliser les conditions qui rendent effectif pour tous le droit de recevoir une formation professionnelle adéquate » ; de « favoriser, au cours des différentes étapes de la vie professionnelle, une formation et un perfectionnement professionnels dûment adaptés et, le cas échéant, une conversion et une réadaptation » ; ou « d'offrir à chacun, selon ses aspirations, ses aptitudes, ses connaissances et ses expériences du travail et par les moyens permanents propres à permettre une amélioration sur le plan professionnel, l'accès à un niveau professionnel supérieur ou la préparation à une activité nouvelle de niveau plus élevé ».

37. Voir la clause 3 de l'accord annexé à la directive.

38. C. OFFE ET R.H. HEINZE, *Beyond Employement. Time, Work and Informal Economy*, Cambridge, Polity Press, 1992, chap. I et II.

39. Voir sur ce point, notamment R. CASTEL, « De l'indigence à l'exclusion Précarité du travail et vulnérabilité professionnelle », in J. DONZELOT, *Face à l'exclusion. Le modèle français*, Paris, Éd. Esprit, 1991, p. 137-168.

40. Voir S. LEIBFRIED*et alii*, *Zeit der Armut*, Suhrkamp, 1995, trad. angl *Time, Life and Poverty*, Cambridge University Press, 1998.

41. La force normative de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire a été consacrée par le traité d'Amsterdam (modifiant l'art. F.1 du traité de l'Union européenne).

42. CJCE 25 juil. 1991, aff. C – 345-89, *Droit social*, 1992, p. 174, obs M.-A. Moreau.

43. Voir notamment les travaux d'Ulrich MÜCKENBERGER, « Un temps pour la ville », in A. OBADIA (dir.), *Entreprendre la ville. Nouvelles temporalités – Nouveaux services*, Éditions de l'Aube, 1997, p. 160-172 U. MÜCKENBERGER (dir.), *Zeiten der Stadt. Reflexionen und Materialen zu einem nenen gesellschaftlichen Gestaltimgsfeld*, Brême, Temen, 1998.

44. B. FRANCQ, « Procéduralisation et formation », in J. DE MUNCK J. LENOBLE et M. MOLITOR (dir.), *L'Avenir de la concertation sociale en Europe*, vol. II, Louvain-La-Neuve, Centre de philosophie du droit, étude commanditée par la DG V de la Commission des Communautés européennes, mars 1995, p. 54-121.

45. Au sens de J.T. WINCKLER, « Corporatism », *Archives européennes de sociologie*, vol. XVII, 1976, n° 1, p. 100-136.

IV. Travail et organisation collective

1. Cons. d'Ét., avis du 22 mars 1973, *Droit social*, 1973, p. 514.

2. Cons. d'Ét., 8 juil. 1994, *RJS* 12/94, n° 1386 ; Soc. 17 juil. 1996, *Droit social*, 1996, p. 1053 ; le Conseil constitutionnel a décidé de son côté que « constitue un principe fondamental du droit du travail le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements » (C consti., 25 juil. 1989, *Rec*, p. 60, *Droit social*, 1989, p. 627).

3. Voir A. LYON-CAEN, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Droit social*, 1997, p. 68.

4. Voir J. BARTHÉLÉMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? » *Droit social*, 1997, p. 40.

5. C. consti., D.96-383 du 6 nov. 1996, *Droit social*, 1997, p. 31.

6. Voir les observations critiques de G. Lyon-Caen, « La Constitution française et la négociation collective », *Droit ouvrier*, déc. 1996, p. 479.

7. En France, un décret Millerand de 1899 imposait déjà aux entreprises soumissionnant aux marchés de travaux publics le respect de normes de salaires et conditions de travail résultant des usages locaux en vigueur constatés par des commissions paritaires ou les prud'hommes. Cette règle avait pour objet de soumettre les entreprises soumissionnant à un même marché au respect des mêmes règles du travail ; elle est à l'origine du développement de la négociation de branche en France. Voir M.-L. MORIN *art. cit.*, *Travail et emploi*, 1994.

8. A. SUPIOT, « Le travail et l'opposition public/privé », *Revue internationale du travail : regards croisés sur le travail et son devenir* 1996, vol. CXXXV, n° 6, p. 663-674.

9. Voir sur ce point la jurisprudence de la CJCE et notamment l'arrêt Corbeau du 19 mai 1993, aff. C-320-91, *AJDA*, 1993, 865, note F. Hamon.

10. Voir sur ce point : Commission européenne, *L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques*, *Europe sociale*, Supplément mars 1996, 171 p.

11. Voir *Inventer de nouvelles relations dans l'entreprise : le contrat collectif d'entreprise*, Entreprise et Progrès, janv. 1995.

12. Mutations industrielles et relations de travail, étude publiée par la Direction générale des stratégies industrielles, voir *Liaisons sociales*, 1997 V, n° 47/97.

13. C. consti., D.96-383 du 6 nov. 1996, *Droit social*, 1997, p. 31.

14. Commission européenne, *European Systems of Worker Involvement* DG V, 1997, 11 p. + annexes.

15. Voir G. ADAM, « Les syndicats sous perfusion », *Droit social*, 1990 p. 833.

16. Voir le point de vue de N. Notat, secrétaire générale de la CFDT, *Droit social*, 1991, p. 93.

17. Voir art. 3 de l'accord sur la politique sociale, repris sous l'art. 118 A rédac. traité d'Amsterdam.

18. Voir par exemple Centrale de l'industrie du métal de Belgique-FGTB *Un syndicat pour le XXIe siècle*, Bruxelles, 1997, 83 p.

V. Travail et pouvoirs publics : le rôle des états

1. Voir B. BERCUSSON, U. MÜCKENBERGER et A. SUPIOT, « Diversite culturelle et droit du travail en Europe », in *Convergences des modèles sociaux européens*, Paris, min. du Trav., coll. Travail-Emploi, 1992, p. 319 *sq.*

2. Sur l'influence de l'intégration européenne sur les droits du travai nationaux, voir l'étude du cas allemand par P. HANAU, « Die Einwicklung des europäischen auf das nationale Arbeitsrecht – Ein Erfahrungsberich aus Deutschland », in *Festskrift till Stig Strömholm*, Iustus Förlag, Uppsala 1997, p. 323 *sq.*

3. Voir B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Londres, Butterworths 1996, p. 555 *sq.*

4. Voir Y. Moreau, *Entreprises de service public européennes et relations sociales*, Paris, ASPE, 1996, 222 p. ; Centre européen des entreprises à participation publique, *Europe, concurrence et service public*, Paris Masson-A.Colin, 1995 ; L. CARTELIER, J. FOURNIER, L. MONNIER, *Critique de la raison communautaire. Utilité publique et concurrence dans l'Union européenne*, Paris, Economica, 1996 ; M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.) *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

5. Voir S. DEAKIN, « Privatisation, transformation des entreprises et droit du travail en Grande-Bretagne », *Le Travail en perspective* (collectif), Paris LGDJ, 1998, p. 391 *sq.*

6. Réflexion qui pourrait être menée sur la base du rapport (1997) du groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes présidé par Mme Simone Veil et des initiatives prévues ou déjà prises par la Commission en ce domaine. D'une manière générale, la mobilite géographique des travailleurs au sein de l'Union est assez faible et la Commission européenne a récemment adopté un plan d'action (communication de la Commission du 12 novembre 1997 COM (97) 586

pour améliorer les perspectives et promouvoir la libre circulation des travailleurs.

7. Voir sur ce point les développements du chapitre IV relatifs aux problèmes de la représentativité syndicale au plan communautaire.

8. Voir chapitre III.

9. Il convient cependant de souligner que les directives du droit du travail adoptées au niveau communautaire (aménagement du temps de travail protection des jeunes au travail, travail à temps partiel, congé parental détachement des travailleurs, etc.) s'appliquent indistinctement aux travailleurs ressortissants communautaires ou non.

10. Voir A. SUPIOT, « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Droit social*, 1995, p. 823.

11. Voir J.-L. BODIGUEL, *Les Fonctions publiques dans l'Europe des douze* Paris, LGDJ, 1994.

12. P. LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », in *Mélanges offerts à Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 201 *sq.*

13. Voir notamment M. RODRIGUEZ-PINERO et E. CASAS, « In support of a European Social Constitution », in *European Community Labour Law Principles and Perspectives. Liber amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 23 *sq.*

14. Articles 8A (liberté de circulation), 8B (droit de vote et éligibilité aux élections locales et européennes), 8C (droit à la protection diplomatique) et 8D (droit de pétition).

15. Voir Commission européenne, *Deuxième rapport sur la citoyenneté de l'Union*, 1997.

16. CJCE 19 mai 1993, aff. C- 320-91 (Corbeau).

VI. Transformations du travail, travail des femmes et futur du droit du travail

1. Résolution A4-0251/97, du 16 septembre 1997, sur la communication de la Commission « Intégrer l'égalité des chances entre hommes et femmes au sein de l'ensemble des politiques et actions communautaires » (COM (96 67 fin).

2. Voir. K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York, 1944 ; trad. fr Gallimard, 1983 ; C. OFFE, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge MIT Press, 1984.

3. T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, 1950.

4. Affaire C-450/93.

5. Affaire C-409/95.

6. M. RODRíGUEZ-PIñERO, « Igualdad de oportumdades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE », *Relaciones Laborales*, n° 24, 1997, p. 7.

7. *How evenly are earnings distributed ? Eurostat statistics in focus Population and social conditions*, 15/97.

8. Cas 345/89.

9. *L'Activité économique des femmes dans l'Union européenne*, 1/97 ; *Les femmes toujours sous-représentées sur le marché du travail*, 8/97.

10. Madrid, 1996.

11. I. KRAVARITOU, *Equal Opportunities and Collective Bargaining in the EU*, EU 9704201S. Recherche promue par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, ainsi que par la DG V de la Commission européenne.

12. COM (1998) 122 fin, Bruxelles, 4 mars 1998, p. 3.

VII. Droit du travail et performance économique

1. Voir, pour une caractérisation de cette diversité, R. SALAIS et M. STORPER *Les Mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France* Paris, Éditions de l'EHESS, 1993. En langue anglaise, avec une confrontation des cas des États-Unis, de la France et de l'Italie, M. STORPER et R. SALAIS, *Worlds of Production. The Action Frameworks of the Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

2. Voir C. BERETTA, *Il lavoro tra mutamento e reproduzione sociale*, Milan Angeli, 1995. Estiment avoir un plein contrôle de leur travail 45,4 % des Italiens, 47,2 % des Hollandais, 40 % des Britanniques et des Irlandais 33,4 % des Autrichiens et 25 % des Allemands.

3. Ou de souplesse, puisque telle est la traduction française retenue dans le document présentant les conclusions de la présidence à l'issue du Consei européen extraordinaire sur l'emploi de Luxembourg (20-21 novembre 1997) – Note SI (97) 100 du 21 novembre 1997.

4. On en trouve l'illustration dans l'histoire du traitement du chômage. Voi R. SALAIS, N. BAVEREZ, B. REYNAUD, *L'Invention du chômage*, Paris, PUF 1986, et M. MANSFIELD, R. SALAIS et N. WHITESIDE, dir., *Aux sources du chômage. Une comparaison interdisciplinaire France-Grande-Bretagne 1880-1914*, Paris, Belin, 1994.

5. L'analyse détaillée de ces transformations est faite dans le rapport du Commissariat général du Plan français, *Quelles politiques pour l'industrie française ? Dynamiques du système productif : analyse, débats propositions.* Rapport coordonné par G. Colletis et J.-L. Levet, mars 1997.

6. Voir le rapport présenté par la Commission européenne au Consei européen de Dublin en décembre 1996, « Les effets mutuellemen bénéfiques d'une coordination renforcée des politiques économiques e structurelles (l'Europe comme ensemble économique) », CSE (96) 8.

7. Il faut noter (sans le développer sur le terrain de la théorie, car ce n'es pas l'objet de cette contribution) que l'ampleur de ces transformations pose des problèmes de saisie par la théorie économique. Celle-ci raisonne habituellement à l'aide du concept de bien (ou de marchandise), leque permet de résumer la coordination économique aux catégories générales du marché et de la valeur d'échange, sans s'intéresser à la variété des usages e des conventions de coordination entre producteurs et usagers.

8. On observe par exemple que les espaces économiques de coopération e intégration entre la France et l'Allemagne en cours de création autour de certains produits complexes (l'avion, l'automobile et leurs multiples composants ou certaines spécialités chimiques, etc.) sont dominés par ce type de produit, à économie de variété et apprentissage technologique, e non par des produits standard. Voir R. SALAIS, « Identité économique nationale et échanges croisés entre la France et l'Allemagne », in C. DIDRY P. WAGNER, B. ZIMMERMANN (dir.), *Le Travail et la Nation. La France e l'Allemagne à l'horizon européen*, Paris, Éditions de la MSH, 1998.

9. Les investisseurs contribuant au financement d'actifs spécifiques dont le rendement, s'il peut être élevé, demeure initialement incertain on spécialement besoin d'un cadre institutionnel qui stabilise les anticipations

à moyen-long terme et donne confiance dans leur réalisation. D'où l'importance d'un euro stable à long terme.

10. Comme l'observera le lecteur, notre analyse prolonge celle du récent Livre vert de la Commission, *Partenariat pour une nouvelle organisation du travail*, [COM (97) 128 final] du 16 avril 1997.

11. « L'avenir de la protection sociale : cadre pour un débat européen » COM (95) 466 du 31 octobre 1995. Observations statistiques de même nature in Y. CHASSARD, « L'avenir de la protection sociale en Europe » *Droit social*, juin 1997, p. 634-639.

12. Cela a été dit depuis longtemps et mieux par Alfred Marshall lorsque ce dernier, en économiste désireux de contribuer à la fin de la pauvreté réfléchissait à la fin du siècle dernier aux liens entre développement économique, mise au travail et salaire d'efficience.
Nous rejoignons ici les préoccupations exprimées dans le thème III des « Propositions de lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 1998 », communication de la Commission, 1er octobre 1997. De même, la communication met en avant, dans son thème IV, l'utilité qu'il y aurait à recentrer les politiques d'aides d'État vers la promotion de l'investissement en ressources humaines et de la capacité d'adaptation.

13. G. LUNGHINI, « Disoccupazione e bisogni sociali », intervention à la réunion du 30-31 mai 1997 du groupe de travail à Saint-Jacques-de-Compostelle.

14. Ces réflexions peuvent autant, sinon plus, s'appliquer aux problèmes de l'harmonisation fiscale au sein de l'Europe.

15. Cela ne retire pas le problème de l'adéquation des compétences aux besoins, ni celui des débuts de la carrière professionnelle (acquisition de l'expérience et montée en productivité).

16. Bien entendu, une stratégie en termes de politiques structurelles dédiées à l'efficience collective suppose un certain type d'environnement macroéconomique pour maximiser leur effet sur l'emploi. En préciser la nature sort du cadre de notre rapport, mais demeure nécessaire.

17. On ne soulignera jamais assez que le principe de subsidiarité ne signifie pas la disparition, mais bien au contraire implique l'exercice d'une responsabilité propre du niveau européen. Mais cette responsabilité est d'une autre nature que l'intervention centralisée selon des critères homogènes et systématiques. La meilleure définition qui puisse en être donnée est qu'elle part d'une prémisse d'autonomie des acteurs en situation

pour qu'ils caractérisent la nature du bien commun adéquate à une bonne mise en œuvre dans cette situation et qu'elle a un devoir d'ingérence (mais non un droit) au cas où les acteurs échoueraient à tracer cette trajectoire en situation du bien commun (voir R. SALAIS et M. STORPER, *op. cit.*, 1993).

18. Ce concept, proposé par A. SUPIOT, *op. cit.*, 1997, est repris dans le présent rapport (*supra*, chapitre II). Il est historiquement frappant de retrouver dans les capacités demandées par la flexibilité économique les qualités, y compris morales, développées au sein des communautés de métier dans la seconde partie du XIXe siècle. Les codes de déontologie et de bonne conduite, le développement des associations professionnelles, de leurs activités de conseil, formation, placement dans les nouveaux emplois d'indépendants et de *professionals* témoignent à ce jour de l'actualité des collectivités intermédiaires.

19. A. SUPIOT, *op. cit.*, 1997.