Les formes d'emploi

Problèmes et tendances actuelles en Allemagne Fédérale

par Ulrich Zachert (*)

En RFA, la relation flexible de travail est moins forte que dans les autres pays européens. On assiste cependant, comme partout ailleurs, à une atteinte portée aux relations normales de travail par des mesures de flexibilisation : contrats à durée déterminée, travail à temps partiel, partage de l'emploi, travail sur appel, travail intérimaire, etc. S'ajoutent à ces mesures, tous les autres aspects du temps de travail : horaires individualisés, chômage partiel, travail posté, etc. En matière de politique sociale, l'Etat allemand renvoie de plus en plus l'équilibre des intérêts aux partenaires sociaux qui négocient au niveau de la branche et de l'entreprise. S'ils ont déjà obtenu quelques résultats positifs en matière de défense minimale des salariés concernés, les règles conventionnelles ne conduiront sans doute pas à des modifications décisives. Aussi la RFA se trouve-t-elle aujourd'hui dans une phase de transition.

Dans tous les pays d'Europe occidentale, on peut constater l'importance croissante du phénomène de la diversification des formes d'emploi. L'analyse doctrinale de ce problème part de ce qui est dénommé « relation normale de travail » généralement définie comme relation de travail à temps plein, à durée indéterminée, dont le maintien est dans une certaine mesure protégé juridiquement.

Les formes de la relation flexible de travail

Le contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée a donné lieu en RFA à une discussion juridique et sociale animée. En RFA comme dans d'autres pays, ce type de contrat est en principe autorisé (§ 620 du Code Civil). Son utilisation est cependant contrôlée par la jurisprudence, car ce type de contrat fait disparaître une série de droits qui protègent les salariés. Quelle que soit la différence des normes de protection de ces salariés dans différents pays, tous présentent un point commun : un contrat à durée déterminée expire sans qu'un licenciement soit nécessaire. Cela entraîne la disparition de la protection juridique générale contre le licenciement et aussi, en RFA, celle de la protection spéciale contre le licenciement des

(*) *Professeur à Hambourg.*
Traduction : Martine Le Friant.

futures mères, des handicapés et des jeunes salariés qui font leur service militaire ou civil.

Compte tenu de ces dangers, la jurisprudence allemande contrôle l'existence d'une « cause objective » pour limiter le contrat dans le temps. Cela est, entre autres, reconnu en cas de remplacement, pour maladie, congé, pour le travail auxiliaire, saisonnier, etc. Cette jurisprudence repose sur l'idée que la fixation d'un délai ne doit pas servir à assouplir la gestion des effectifs (1). Des contrats de travail à durée déterminée ont toujours existé dans la pratique en Allemagne. Ils étaient surtout répandus dans le secteur public (8 % en 1979).

La situation juridique a été modifiée par la loi pour la promotion de l'emploi du 1er mai 1985 (« Beschäftigungsförderungsgesetz »). Le point central de cette loi est la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée sans contrôle judiciaire pour un an et demi (ou pour deux ans en cas de création d'entreprise) dans l'hypothèse de salariés nouvellement embauchés. Cette loi, elle-même limitée dans sa durée, est une loi expérimentale. Elle devrait rester en vigueur jusqu'au 1er janvier 1990.

L'espoir du gouvernement conservateur-libéral était que cette loi contribue à éliminer les heures supplémentaires qui sont une pratique courante en RFA. Pour cela, il fallait engager des salariés dans le cadre de contrats à durée déterminée et transformer ensuite ces contrats en contrats durables. Pour ce qui concerne la RFA, force est de constater que ce vœu n'a pas été exaucé.

Nous nous limiterons ici à quatre constatations :

— Le nombre de contrats de travail à durée déterminée en RFA était de 4 % en 1984 alors qu'à la fin de 1986 il est passé à 8 %.

— Le nombre des heures supplémentaires n'a pas diminué depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée. Statistiquement, chaque salarié travaille environ 65 heures supplémentaires par an. Cela représente un total de 1,4 milliards d'heures supplémentaires pour l'ensemble des salariés ce qui correspond à environ 900 000 emplois.

— Le chômage se maintient à un niveau élevé. Depuis 1974, il dépasse deux millions de chômeurs inscrits, avec quelques légères fluctuations, et représente environ 9 % de la population active.

— Sont particulièrement concernés par les contrats à durée déterminée les salariés à temps partiel (10 %) et les jeunes (20 %) ce qui signifie qu'un jeune sur quatre ou cinq de moins de vingt ans occupe actuellement un emploi à durée limitée.

Quant aux perspectives en matière de contrat à durée déterminée, citons une décision du tribunal fédéral du travail du 25 septembre 1987 (2) qui est d'une grande importance. Elle confirme que les conventions collectives ont la priorité face à la loi pour la promotion de l'emploi ce qui n'est pas une évidence en RFA. Selon ce jugement, l'autonomie tarifaire prévaut donc sur le droit étatique. L'importance de cette décision réside dans le fait que dans de nombreuses branches, on trouve des conventions collectives qui régissent la limitation de contrats de façon plus stricte que la loi pour la promotion de l'emploi, en limitant par exemple le contrat à six mois ou en exigeant un motif de fait pour la limitation au sens juridique. Concrètement, cela signifie que dans le champ d'application de ces conventions collectives, les salariés ne peuvent être embauchés à durée déterminée que dans des limites relativement étroites. La loi pour la promotion de l'emploi ne s'applique donc pas dans ce cas. Pour cette raison, on peut supposer que ce type de contrat de travail ne connaîtra pas dans le futur la même croissance que celle observée entre 1984 et 1986.

Le « traitement social du chômage »

Le traitement social du chômage a atteint ses limites. On conclut aussi dans ces hypothèses, des contrats de travail à durée déterminée de un à trois ans au maximum. L'employeur reçoit des subventions de 60 % à 100 % de la part de l'Office fédéral du travail, à condition toutefois que ces travaux soient d'intérêt général, créent de nouveaux emplois et semblent appropriés pour assurer un emploi durable.

En 1986, environ 5 % des chômeurs officiellement inscrits (plus de 100 000) occupaient de tels emplois surtout dans le secteur social, de la santé et du sport ainsi que de la formation et de la culture. Pour les intéressés, c'est souvent la seule chance d'emploi. Cependant, on retrouve dans ce type de contrat les problèmes rencontrés dans le contrat à durée déterminée que je viens d'évoquer. En outre, l'abus est difficilement contrôlable. Tous les groupes représentés dans les comités directeurs de l'Office fédéral du travail qui jouit d'une autonomie administrative — c'est-à-dire les syndicats, les employeurs et les autorités étatiques — sont d'avis que le nombre d'emplois de ce type ne doit plus augmenter.

Le travail à temps partiel

Le travail à temps partiel est la « charnière mobile » parmi les diverses variantes de la flexibilisation et peut aller des formes régulées sur une semaine entière ou des parties de semaines en passant par le travail posté jusqu'au « travail sur appel ».

Les notes se réfèrent à la jurisprudence, essentiellement celle de la Bundesarbeitsgericht (BAG, ou Cour fédérale du travail qui correspond à la Cour de Cassation). Pour plus de références voir la bibliographie.

(1) Koch : Die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge, NZA 1985, p. 345.

(2) BAG, 25-9-1987, DB, 1988, 1022.

Le travail à temps partiel est effectué à 94 % par des femmes, principalement dans le secteur du nettoyage, des travaux de bureau, du commerce.

Le travail à temps partiel semble être considéré par les autorités et par les organisations d'employeurs comme la solution miracle pour l'emploi. Les syndicats sont cependant un peu plus sceptiques et ce, avec raison. Selon une enquête réalisée par le BIT à Genève, en 1983, en RFA la part des travailleurs à temps partiel était encore plutôt limitée par rapport à l'ensemble de la population active. Cette année, la Norvège venait en tête des statistiques avec 28 %, suivie de la Suède, 24 %, des Pays-Bas, 21 %, de la Grande-Bretagne, 19 %, du Japon, 16 %, et des États-Unis, 14 %. En RFA, le chiffre tournait autour de 9 %, c'est-à-dire quelque deux millions de salariés. Entre temps, la RFA a rattrapé quelque peu son retard dans ce domaine. Le résultat des enquêtes effectuées en 1987 fait apparaître que, en RFA, 16 % des salariés sont occupés à temps partiel à raison de moins de 35 heures hebdomadaires, ce qui représente 3,3 millions de salariés.

Toutefois, cette statistique est grossière car en-dessous de 18 heures et surtout en-dessous de 15 heures hebdomadaires l'assurance sociale n'est pas obligatoire (3), on ne peut de ce fait cerner avec précision l'ampleur du travail à temps partiel. On estime que parmi les 3,7 millions de femmes travaillant à temps partiel, 1,7 millions ne bénéficient ni de droit à la retraite ni d'assurance-maladie.

Le travail à temps partiel répond souvent à un souhait des salariés. Il faut cependant analyser avec attention les enquêtes pour ne pas tirer des conclusions hâtives et erronées. Si l'on regarde attentivement les souhaits des salariés, ceux-ci préfèrent généralement un travail hebdomadaire de 30 à 35 heures avec maintien du salaire. Cela semble parler en faveur d'une réduction du temps de travail hebdomadaire, sujet qui suscite plus de controverses en RFA que dans d'autres pays. Pour l'automne 1990, la semaine de 37 heures sera devenue réalité.

Toutefois, le travail à temps partiel assumera dans le futur une importante fonction complémentaire pour le marché du travail et la société en général. Pourtant, il faudrait respecter de façon plus stricte que par le passé des normes minimales.

Tout d'abord, tous les sondages indiquent le désir d'un rythme de travail plus stable et plus conciliable avec les impératifs familiaux et notamment la garde des enfants. Des périodes d'engagement flexible sont rejetées. Ensuite, il faut respecter le principe d'égalité dans toute relation, sans exception aucune. Par ailleurs, des mesures sont nécessaires pour promouvoir une formation continue et une qualification supérieure des travailleurs à temps partiel. Jusqu'à présent, il s'agit d'emplois qui requièrent une qualification plutôt faible et qui pour cette raison sont particulièrement vulnérables à la rationalisation. D'autre part, la sécurité sociale des intéressés dans les secteurs de l'assurance-chômage, de l'assurance-maladie et invalidité et de l'assurance-vieillesse doit être garantie. Enfin, il faut assurer aux salariés concernés la possibilité d'un retour au temps plein.

En RFA, les premiers pas dans cette direction ont été faits. Cela vaut surtout au niveau des négociations collectives, car le législateur n'a rien entrepris de décisif pour améliorer les conditions du travail à temps partiel. Cependant, les employeurs saluent d'une part le travail à temps partiel et hésitent d'autre part à autoriser une protection collective de ce type de travail. Néanmoins, les premières conventions collectives ont été entre-temps conclues dans le domaine de la chimie industrielle, des services publics et de la métallurgie. De plus, des protections des travailleurs à temps partiel ont pu être instaurées par des accords conclus avec les conseils d'établissement. Le conseil d'établissement a, selon notre loi sur la constitution sociale de l'établissement, un droit de cogestion limité en matière de travail à temps partiel. On a conclu cependant dans les grands magasins une série de conventions d'entreprises relatives au travail à temps partiel dont la licéïté a été confirmée il y a quelques semaines par un arrêt du Tribunal fédéral du travail d'une importance capitale . Cet arrêt confirme que le comité d'entreprise dispose d'un droit de codétermination en matière de répartition du travail à temps partiel ainsi qu'en matière de durée quotidienne du travail.

En vue de la réalisation du principe d'égalité en matière de travail à temps partiel, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui donne une interprétation très stricte de la directive sur l'égalité de salaire (1975) et de la directive sur l'égalité de traitement (1976) a eu des effets très positifs (5). Cela a eu d'énormes implications pour le droit allemand et donne ainsi une impulsion à notre politique de négociation collective.

Partage de l'emploi et « travail sur appel »

Si l'on tient compte de sa faible importance pratique, le modèle du partage de l'emploi en tant que forme particulière de travail à temps

(3) En RFA, en dessous de 18 heures hebdomadaires, l'assurance-chômage n'est pas obligatoire, en-dessous de 15 heures hebdomadaires ne sont pas obligatoires également l'assurance-maladie et l'assurance-vieillesse.

(4) BAG, 13-10-1987, DB, 1988, 341 et 345.

(5) EuGH, 13-5-1986, DB, 1986, 1525 et BAG, 14-10-1986, BB, 1987, 829. La Cour de Justice des Communautés Européennes a décidé qu'une discrimination indirecte existe lorsque les femmes sont quantitativement plus concernées que les hommes par le travail à temps partiel et que l'employeur ne peut justifier et éventuellement prouver par une raison objective, un traitement différent entre salariés à temps partiel et salariés à plein temps.

partiel a fait l'objet de trop de discussions. Le partage de l'emploi peut être défini comme étant simplement une forme de contrat dans lequel deux salariés se partagent d'un commun accord un emploi à temps plein.

Aux Etats-Unis, le partage de l'emploi a trouvé une certaine audience. Sa signification pratique en RFA est par contre limitée. La loi pour la promotion de l'emploi de 1985 a réglé dans une certaine mesure le remplacement d'un salarié absent par son partenaire et l'hypothèse du licenciement d'un salarié de l'équipe. Cependant, cela n'a pas augmenté de façon sensible l'attrait pour cette forme de travail.

Il n'existe pas de chiffres exacts pour la RFA, mais par contre, l'expérience britannique semble très intéressante. Le gouvernement a propagé très largement en 1983 cette forme de travail surtout dans l'administration. 50 000 emplois devaient être partagés en deux ans par le biais de cette technique. En fait, seuls 1 000 le furent.

Il en va différemment pour une autre forme particulière du travail à temps partiel appelé « le travail sur appel » (*Kapovaz*). Cette forme de travail est surtout répandue dans le commerce de détail. Là encore, il s'agit d'activités typiquement féminines.

On trouve différentes expressions de ce type de contrat. Il est caractéristique que l'employeur fixe la date et la durée du travail et parfois informe le salarié dans un délai très court. C'est ainsi que les femmes concernées doivent s'attendre à être appelées à tout moment par leur employeur.

La jurisprudence a déclaré nulles certaines formes extrêmes de « travail sur appel » surtout parce qu'elles contournent la protection contre le licenciement. C'est ainsi qu'il est interdit de stipuler dans un contrat de travail que le temps de travail dépend « des besoins économiques de l'employeur » (6). La loi pour la promotion de l'emploi fixe à un niveau de protection inférieur certaines normes minimales pour le travail à la demande. Surtout, il faut respecter un délai d'avertissement d'au moins quatre jours et un temps de travail d'au moins dix heures.

Une récente recherche empirique confirme que le système de travail à la demande fonctionne de façon optimale du point de vue de l'entreprise, mais qu'il est extrêmement équivoque du point de vue du droit du travail et de la politique sociale. Les personnes concernées sont surtout des femmes peu qualifiées qui doivent adapter leur rythme de vie aux besoins de l'entreprise. Dans la mesure où le travail à la demande n'est pas légalement prohibé, il apparaît souhaitable, comme c'est déjà le cas en RFA, d'assurer par conventions collectives ou accords d'établissement un minimum de protection à ces salariés.

Le travail intérimaire

Le travail intérimaire a donné lieu à des discussions animées en RFA. Le contrat de travail temporaire n'est pas non plus récent. En RFA, il est utilisé déjà depuis longtemps dans les secteurs du bâtiment, de la chimie et de la sidérurgie. Toutefois, tout comme le contrat à durée déterminée et le contrat de travail à temps partiel, il a connu un fort regain au cours de ces dernières années. Les statistiques récentes indiquent qu'à la moitié de l'année 1986, 70 000 travailleurs étaient au service d'entreprises d'intérim. Cela signifie une augmentation de 44 % par rapport à l'année précédente. Les données les plus récentes montrent l'accélération de ces tendances. Ainsi, le nombre d'intérimaires « légaux » a atteint en juillet 1987 le chiffre record de 79 529. Le nombre d'entreprises de travail temporaire est passé de 1 195 en 1984 à 3 150 en juin 1987.

Le chiffre d'environ 80 000 peut paraître relativement faible comparé aux 22 millions de salariés que compte la population active en RFA. Cependant, il faut regarder la situation de plus près. Ainsi, la grande firme chimique « Bayer AG » pour ne citer qu'un exemple emploie 7 000 à 8 000 intérimaires pour 36 000 salariés fixes. Dans certains secteurs de la production de cette entreprise, ces travailleurs représentent jusqu'à un tiers de l'ensemble du personnel.

Voici un bref aperçu du cadre juridique du travail intérimaire en RFA. Une loi datant de 1972, la loi sur le réglement du travail temporaire, régit les conditions de base de ce type de travail :

— une entreprise d'intérim qui veut engager des travailleurs sur la base d'un contrat temporaire doit obtenir l'autorisation de l'Office fédéral du travail ;

— le contrat entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice ne peut excéder six mois — ce délai était auparavant de trois mois et a été allongé par la loi de 1985 pour la promotion de l'emploi ;

— l'entreprise utilisatrice est tenue responsable du paiement des contributions sociales et des taxes, lorsque l'entreprise d'intérim ne les a pas acquittées ;

— pour le secteur de la construction, on trouve depuis 1982 une interdiction générale du travail intérimaire. Les entrepreneurs du bâtiment ont formé un recours contre cette interdiction devant le Tribuanl Constitutionnel Fédéral en arguant que cette interdiction porte ateinte à leur liberté d'entreprendre garantie par la Constitution. Ce recours n'a pas abouti.

Les avantages retirés par un employeur de travail intérimaire sont évidents. Ils résident surtout dans une plus grande flexibilité, dans des économies réalisées sur les frais de personnel — par exemple maintien du salaire en cas de

(6) BAG, 12-12-1984, DB, 1985, 1240.

maladie — et dans le fait que les dispositions relatives à la protection contre le licenciement ne sont plus applicables.

Pour le salarié, les désavantages sont de nature collective et individuelle :

— la division du personnel en personnel stable et personnel périphérique flexible (d'après le modèle japonais) rend encore plus difficile la solidarité ;

— le travail temporaire légal entraîne dans son sillage le travail temporaire illégal, d'après les estimations il y aurait en RFA un salarié temporaire légal pour cinq travailleurs illégaux ;

— il est pratiquement impossible d'exercer un contrôle sur ce travail illégal. Il existe différentes formes extrêmement raffinées pour masquer le travail temporaire illégal. La pratique la plus courante consiste à conclure, juste pour la forme, des contrats d'ouvrage. Cela signifie que l'entreprise d'intérim est formellement un sous-traitant indépendant qui exécute une mission fixe pour l'entreprise utilisatrice. En fait, il s'agit d'une forme cachée de travail temporaire ;

— des recherches récentes confirment que les conditions de travail sont aussi plus mauvaises pour les travailleurs intérimaires que pour les autres travailleurs dans le cadre de ce type de contrat. La raison en est notamment que trois parties contractantes sont représentées juridiquement dans le travail temporaire. L'entreprise d'intérim et l'entreprise utilisatrice se rejettent les responsabilités au détriment des intérêts du travailleur.

Le législateur conservateur-libéral a considérablement encouragé le recours à cette forme d'emploi. Le parti de l'opposition, le SPD, a présenté plusieurs projets de loi pour une meilleure délimitation et une meilleure protection sociale du travailleur temporaire. Ils s'inscrivent dans la ligne des initiatives de la Commission Européenne des années 1980-82 (par exemple la proposition d'une directive du Conseil pour la réglementation du temps de travail). A cet égard, il semble particulièrement important d'avoir une délimitation nette entre le contrat de travail temporaire et le contrat d'ouvrage ainsi qu'une plus grande protection du contrat de travail entre le travailleur et l'entreprise d'intérim.

Toutes ces considérations n'ont cependant aucune chance politique d'être traduites dans la pratique. Des améliorations de fait en RFA se limitent à un contrôle plus sévère du travail temporaire illégal. Des sections spéciales ont été créées auprès des offices du travail et des parquets. Cela a eu comme conséquence de porter le nombre d'amendes de quelque 540 en 1983 à 1 300 en 1985.

Au niveau des conventions collectives, on attend peu de changements dans un futur proche en ce qui concerne les dispositions relatives au travail temporaire.

Travail à domicile

La discussion concernant le travail à domicile a connu en RFA un écho considérable vers le milieu des années 70. Par l'introduction en force des ordinateurs, les employeurs pensaient pouvoir extérioriser une grande partie du travail de traitement de texte. On imaginait déjà les secrétaires travaillant à la maison, reliées à l'entreprise par le cordon ombilical informatique et renvoyant les textes directement par ordinateur ou par la poste à l'entreprise. A cet effet, des expériences ont été faites et des enquêtes sociologiques menées. Cette forme de travail à domicile est maintenant établie en RFA et cela ne pose pratiquement pas de problèmes techniques. Cependant, ce télétravail informatique n'a pas réalisé sur le marché du travail la percée que d'aucuns espéraient. En RFA, on compte actuellement environ mille emplois de ce type et il ne faut pas s'attendre à ce que la situation change prochainement.

La protection juridique de ces activités varie selon qu'il s'agit de télétravail qui requiert une certaine indépendance ou non. En RFA, la protection juridique est affaiblie par la loi sur le travail à domicile de 1951 modifiée en 1974. Si, par contre, les intéressés sont des salariés, le droit du travail s'applique intégralement.

Dans tous les cas, un problème fondamental demeure : des conventions d'entreprise ou des conventions collectives se vident de plus en plus de leur substance à cause de l'isolement caractéristique des intéressés.

Nouvelles formes de travail indépendant

Pour les nouvelles formes de travail indépendant, citons deux exemples tirés de la pratique :

Les firmes d'expédition invitent leurs chauffeurs à acheter un camion et à travailler comme sous-traitant. S'ils ne satisfont pas à cette exigence, ils sont menacés de licenciement. Pour pouvoir payer leur camion, la plupart des chauffeurs doivent s'endetter lourdement. En tant qu'entrepreneurs, ils s'engagent à être disponibles en permanence et à pouvoir exécuter tout ordre de transport. Les sociétés d'expédition ne donnent en général aucune garantie de revenu. C'est l'intéressé lui-même qui doit assumer le risque d'inactivité.

Les entrepreneurs en bâtiment licencient les travailleurs en prétextant un manque de chantiers. Puis, quelques jours plus tard, les licenciés réapparaissent à la grande surprise de leurs collègues. Entre-temps, ils ont créé une entreprise et conclu avec leur ancienne firme ce qu'on appelle un contrat d'ouvrage en tant qu'entrepreneur indépendant.

Malgré le défaut de recherches précises, plusieurs éléments indiquent qu'il ne s'agit pas de cas isolés mais que c'est là une tendance plus générale. Cela devrait donner lieu à une

réflexion plus approfondie quant au concept de travailleur afin d'inclure ces groupes »d'indépendants » dans le champ de protection du droit de travail et de la sécurité sociale.

Fondements et conséquences de la relation flexible de travail

Les changements économiques et technologiques

Si l'on examine les aspects économiques et technologiques, sous l'angle de la rentabilité de la gestion de l'entreprise et en tenant compte des marchés toujours plus restreints, la réduction des coûts de la main-d'œuvre semble s'imposer. Depuis le milieu des années 70, on constate une rupture avec la politique de gestion du personnel dite de la « ligne moyenne » calculant une réserve de main-d'œuvre de 10 % à 20 % en faveur d'une politique de gestion du personnel quasiment au jour le jour.

Ce facteur se conjugue étroitement avec l'utilisation des multiples possibilités de l'informatique. L'emploi des systèmes informatisés de gestion du personnel dans les entreprises, l'organisation en réseau informatisé des producteurs, des sous-traitants et des clients qui améliorent la gestion des stocks minima (la production « just in time ») permettent cette politique de la « mince couverture » en matière de gestion du personnel où les périodes de forte demande sont assurées par des formes flexibles de mise au travail.

L'accroissement des investissements en machine et matériel constitue un dernier aspect à considérer dans ce contexte. Si l'on s'en tient à un raisonnement micro-économique, ces machines appellent un fonctionnement 24 heures sur 24. Ceci explique, dans le cadre d'une réduction généralisée du temps de travail, la volonté patronale de « dissocier les temps de travail de l'entreprise des temps de travail des individus » même si les dernières analyses montrent qu'il ne s'agit pas de tendances générales, mais que ce processus est observé surtout dans les grandes entreprises des branches les plus productives.

Les changements politiques

C'est en fonction de ce contexte qu'il faut considérer les changements au niveau politique qualifiés depuis le début des années 1980 de « néo-conservatisme ». Même si l'établissement d'un lien direct entre politique et économie serait une erreur fatale, on ne peut cependant pas sous-estimer la pression qu'exercent les modifications sociales en matière technologico-économique sur la politique dans le domaine du droit du travail. Ceci éclaire en partie la difficulté d'inverser de façon simple et rapide les procédés de flexibilisation. Cela nécessiterait de la part des salariés beaucoup d'imagination et un déploiement de force considérable d'autant plus qu'un retour à un droit du travail type années 1970 ne saurait être une solution adéquate, compte tenu des modifications sociales intervenues.

Les changements normatifs

Les étapes du processus de flexibilisation étatique doivent encore être rapidement esquissées. La loi pour la promotion de l'emploi de mai 1985 admet plus largement la conclusion de contrats à durée déterminée sans contrôle judiciaire des abus, réglemente le travail sur appel à un niveau bas, allonge la durée des contrats d'intérim.

A côté de cette pierre angulaire, le législateur a, par une loi d'avril 1985 relative aux universités, annulé des dispositions conventionnelles favorables aux salariés à durée déterminée portant ainsi directement atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux. Il est difficile de ne pas faire le rapprochement avec l'arbitrage étatique obligatoire de la République de Weimar dont on connaît la contribution à la déstabilisation de la situation politico-économique de cette époque de notre histoire. L'Etat imposait alors les conditions tarifaires lorsque les partenaires ne trouvaient pas d'accord.

Ce noyau de la politique étatique de flexibilisation est précédé par la loi sur la protection du travail des jeunes d'octobre 1984 et suivi de la Loi sur les handicapés d'août 1986, deux réformes qui aggravent sensiblement les conditions de travail de groupes nécessitant une protection particulière.

Il ne faut pas, dans ce contexte, perdre de vue la modification du paragraphe 116 de la Loi pour la promotion du travail de mai 1986, qui suspend l'épée de Damoclès sur les syndicats et leur capacité de mener des grèves, et fait de chaque grand conflit dans le secteur industriel classique un jeu de « roulette russe » pour les syndicats. Désormais, l'Etat ne paie plus d'indemnités aux salariés concernés par les effets indirects d'une grève. A l'ordre du jour de la présente période législative en matière de droit du travail sont également inscrits des projets d'affaiblissement de la représentation unique des intérêts du personnel dans l'entreprise, et aussi un allongement de la durée maximale quotidienne du travail, l'abrogation de l'interdiction du travail de nuit des femmes, l'affaiblissement de l'interdiction du travail du dimanche, ainsi que l'allongement des horaires d'ouverture des commerces. Compte tenu de la considérable résistance politique suscitée par ces projets, leur réalisation totale semble fort compromise.

Modifications futures au niveau européen

Pour ce qui est de la Commission Européenne et du droit communautaire, il faut tenir compte de leur importance croissante. En 1993, le marché

unique doit être réalisé. Des pressions fortes s'exerceront probablement pour harmoniser le droit du travail dans le cadre européen, et ceci vers le bas, c'est-à-dire en fonction du secteur du bâtiment, le plus lent du convoi européen. Des exemples récents illustrent cette perspective : ainsi les dispositions sociales européennes en matière de transports routiers internationaux ont servi de prétexte aux employeurs allemands pour demander l'augmentation du temps de travail de 12 à 13 heures quotidiennes et même jusqu'à 15 heures trois fois par semaine. Sauf erreur, il ne s'agira pas d'un cas isolé.

Résultats de la politique étatique de flexibilisation

Le résultat essentiel des mesures étatiques de flexibilisation est la multiplication des formes particulières du contrat de travail, ce que les Français nomment « travail atypique » ou « travail précaire ».

Cela va des contrats à durée déterminée en passant par le travail à temps partiel, le travail sur appel et le travail intérimaire jusqu'à tous les types de contrats pour lesquels le droit du travail ne s'applique même pas ponctuellement, mais seulement par analogie, comme dans les hypothèses des nouvelles formes de travail à domicile utilisant l'informatique. Le droit du travail disparaît — au moins formellement — en présence des multiples variantes du travail qualifié d'indépendant qui cache souvent en fait un travail dépendant très rigide : celui qui travaille pour une usine en qualité d'entrepreneur indépendant, ne bénéficie pas des normes du droit social (cf. supra).

Stratégies des acteurs : flexibilisation accrue ou défense de la relation normale de travail ?

Processus d'érosion interne de la relation normale de travail

La présentation faite jusqu'ici s'est concentrée sur la destruction de la relation normale de travail par des mesures étatiques, ce qui peut être qualifié de destruction par intervention externe.

Cette seule analyse est insuffisante car les mesures de flexibilisation concernent depuis longtemps et fortement des relations de travail correspondant encore formellement à la définition de la relation normale de travail. Il suffit de penser à toutes les atteintes portées à des relations normales de travail par le biais de modifications des périodes et des durées de travail. Sont à mentionner tout particulièrement les horaires individualisés, le chômage partiel, les heures supplémentaires, le travail posté et le travail de fin de semaine.

Il faut également citer les possibiliés de variation et de différenciation offertes par des conventions collectives sur la réduction de la durée hebdomadaire de travail de 1984 et 1987. Dans ce contexte, les horaires individualisés semblent prendre une dimension problématique, sans oublier les tendances à étendre le temps de travail sur les fins de semaine. Il serait peut-être possible de qualifier d'internes ces processus de dissolution de la relation normale de travail, qui complètent donc les interventions étatiques externes déjà esquissées.

Processus d'érosion de la politique salariale et sociale

L'aspect du temps de travail abordé ci-dessus est assurément la caractéristique la plus évidente du processus d'érosion de la relation normale de travail. Ceci ne doit pas masquer les effets recherchés concernant d'autres éléments du système social et du monde du travail. Il s'agit par exemple du processus de baisse du niveau des salaires ou d'une différenciation salariale jusqu'à la conception future de notre politique sociale. Quelque 1,5 million de salariés à temps partiel ne cotisant pas à l'assurance sociale signifient dans l'avenir environ 1,5 million de personnes âgées bénéficiaires de l'aide sociale.

Les processus d'érosion de la relation normale de travail ne se limitent pas à un seul aspect de la relation de travail mais provoquent un glissement de l'ensemble du système. C'est pourquoi il est par exemple inexact de parler de la société des « deux-tiers » (deux tiers relation normale de travail, un tiers travail précaire). Ainsi la division en personnel stable et personnel marginal accroît la pression auto-disciplinaire sur les salariés qui jouissent encore du « privilège » d'un véritable emploi. Finalement, tous ces procédés font que l'employeur dispose d'un pouvoir accru de définir les conditions sociales, et ceci entendu de la façon la plus large.

Le débat juridique relatif à la flexibilisation

La loi pour la promotion de l'emploi elle-même est basée sur des données non-pertinentes. Déjà avant son adoption, cinq millions de relations de travail ont été rompues et, dans une large mesure, conclues sur de nouvelles bases. Le droit du travail n'a donc jamais été rigide. Une étude récente de 1987 du Ministère du Travail de la région de Rhénanie du Nord-Westphalie fait apparaître que seul un salarié sur quatre bénéfie encore d'un temps de travail standard.

La discussion sur la flexibilisation se poursuit cependant et peut ainsi donner lieu à des contributions remarquables dans les revues juridiques. On n'utilise plus par exemple le terme de « salarié » (Arbeitnehmer), littéralement traduit de l'allemand signifie « le preneur de travail », mais

(7) BVerfG, 6-10-1987, BB, 1988, 561.

celui de « associé au travail » (*Arbeitstilhaber*). L'approbation des collègues juristes allemands est assurée lorsqu'on parle de l'effet « saurien » (*Saurierefferkt*), c'est-à-dire archaïque du droit du travail. Il s'agit de démontrer que les structures traditionnelles du droit du travail ont fait leur temps. Les discours de « revalorisation de toutes les valeurs » vont jusqu'à plaider pour une protection de l'employeur face au salarié. La voie est tracée par les dernières conclusions du « conseil des experts » concernant l'analyse et les pronostics du développement économique qui recommandent de démanteler « les protections excessives issues du droit du travail », proposent de transférer le niveau de négociation vers l'entreprise et vantent l'allongement de la durée des contrats à durée déterminée et la limitation des plans sociaux prévus par la Loi pour la promotion de l'emploi. Le droit du travail sert ainsi de bouc émissaire face à l'échec de la politique économique et financière : les conditions sociales se détériorent alors que la politique économique et financière ignore le problème du chômage.

Le législateur s'oriente dans la même direction avec la proposition de loi sur le temps de travail, avec pour objectif de remettre en cause les principes structurant jusqu'ici notre droit du travail et ceci de plusieurs façons. Notamment, il faut se résigner à l'abandon d'une protection fondamentale légale qui peut être avant tout améliorée par les partenaires sociaux. L'État se soustrait désormais dans une large mesure à sa responsabilité en matière de politique sociale et renvoie aux partenaires sociaux — parfois même jusqu'au niveau de l'entreprise — la solution du quasi-insoluble problème de l'équilibre des intérêts. Ceci ne valorise pas le rôle des partenaires sociaux : il s'agit plutôt de déléguer l'incapacité de réguler, allant même jusqu'à une incitation légale expresse à la détérioration du système du temps de travail.

Tentatives de défense de la relation normale de travail

Si l'on s'interroge sur les chances d'une défense de la relation normale de travail, il faut émettre une double réserve : d'une part il ne s'agit ici que de dispositions conventionnelles collectives, surtout de conventions collectives qui devraient revêtir une importance accrue dans l'avenir ; d'autre part, les propositions ne doivent en aucun cas s'entendre comme faisant l'objet d'un catalogue définitif. Elles partent d'éléments déjà pris en compte dans la politique allemande de négociations collectives qui résultent des tendances juridiques ou juridico-politiques récentes.

On pouvait d'abord penser à des initiatives en matière de politique de négociation afin d'utiliser, au moins en partie, les marges de manœuvre juridiques que la jurisprudence récente accorde aux partenaires sociaux pour élargir, par convention, la codétermination au sein de l'entreprise (8). Des possibilités concrètes consisteraient à faire évoluer les droits à l'information des représentants des salariés relatifs à la gestion du personnel vers les droits de codécision, de cogestion ainsi qu'à consolider les droits de cogestion lors de l'introduction et de la mise en œuvre de nouvelles technologies. Par ce biais, il serait envisageable d'influencer indirectement le contenu des contrats et notamment la détermination des durées.

D'autre part, les décisions du Tribunal fédéral du travail du 13 octobre 1987 (9) ouvrent des possibilités juridiques d'imposer des accords d'entreprises réglant la question du temps de travail ainsi qu'indirectement et dans une certaine mesure la durée du temps partiel. Certains résultats déjà obtenus pourraient également servir de points d'analyse. Il existe aussi les premières conventions collectives — de qualité variée et avec des objectifs divers — qui déterminent durée, période travaillées et possibilités de choix des salariés concernés. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (10) suivie par le Tribunal fédéral du travail (11) affine les contours du principe d'égalité de traitement des salariés à temps partiel.

Il faut aussi mentionner les résultats conventionnels obtenus ponctuellement en matière de réglementation minimale du travail intérimaire. Par exemple, la convention collective relative aux conditions générales de travail dans les charbonnages de Rhénanie-Westphalie du 1er juillet 1975 contient des dispositions imposant aux entreprises utilisatrices de convenir avec les entreprises de travail temporaire le respect de ladite convention collective.

Les récentes conventions collectives sur la réduction du temps de travail ont également apporté quelques précisions dans le débat sur le repos de fin de semaine. Selon les nouvelles dispositions applicables dans la métallurgie du Bade-Wurtemberg du Nord, le temps de travail doit être en principe réparti de manière régulière ou irrégulière sur les jours ouvrables du lundi au vendredi. Les seules exceptions admises concernent les salariés ou groupes de salariés (surveillance des machines, réparation et maintenance). Le travail du samedi ne peut, de plus, être imposé à un salarié ou un groupe de salariés qu'après accord du conseil d'établissement qui ne peut être remplacé par la décision de la commission de conciliation.

Enfin, les conventions collectives contiennent de nombreuses recommandations concernant entre autres le repos compensateur en cas d'heures supplémentaires. Cela pose la question juridique de savoir si ces formules ne devraient

(8) BAG, 18-8-1987, DB, 1987, 2257 — voir encore BAG, 10-2-1988, DB, 1988, 503.

(9) BAG, 13-10-1987, DB, 1988, 341 et 345.

(10) EuGH, 13-5-1986, DB, 1986, 1525.

(11) BAG, 10-2-1988, DB, 1988, 503.

pas gagner en signification, compte tenu de l'utilité démontrée pour une meilleure politique d'emploi de la baisse du nombre d'heures supplémentaires, c'est-à-dire que les marges d'appréciation des négociateurs au niveau des entreprises ont tendance à être nulles, et que de telles normes conventionnelles doivent être considérées comme impératives.

Le devoir des négociateurs seraient de chercher si un consensus est possible dans ces domaines et les domaines voisins. Le devoir des syndicats consisterait, à partir de ces suggestions ponctuelles, à élaborer un faisceau de revendications qui pourraient susciter une mobilisation. La doctrine elle, pourrait développer des interprétations alternatives conservant des espaces dans lesquels les négociateurs maîtriseraient et résoudraient les problèmes existants en usant de leur imagination.

Au vu de la structure future et des contenus des relations de travail, nous nous trouvons sans doute dans une phase de transition. Tout pronostic sur les développements ultérieurs reste incertain. Si l'on s'aventure à formuler une évaluation globale, il serait fondamental d'une part de ne pas dramatiser la situation actuelle et ses perspectives et d'autre part de ne pas sous-estimer les dangers potentiels.

En ce qui concerne l'étendue et l'intensité de la relation flexible de travail, la RFA se trouve certainement en queue du peloton européen. Les atteintes cependant sensibles en RFA comme ailleurs portées par le législateur à la protection de la relation de travail ont suscité récemment l'imagination et la résistance des syndicats qui ont cherché une défense minimale des salariés concernés au niveau de la négociation de branche et de la négociation d'entreprise. Les premiers résultats positifs sont déjà là (cf. supra).

En revanche, persiste le fait politico-social oppressant que des millions de personnes sont sans emploi et que plusieurs millions de salariés sont insuffisamment protégés dans leur situation marginale par rapport à la norme standard moyenne du droit du travail.

Les règles conventionnelles ne conduiront pas à des modifications décisives. Des initiatives étatiques sont nécessaires et elles ne peuvent se limiter au seul droit du travail. Plus efficace serait une autre politique économique qui n'accepterait pas le phénomène du chômage et de la diminution de la protection sociale comme loi de la nature. Aussi longtemps que ce n'est pas le cas, il n'existe pas d'autre alternative que le difficile chemin de la résistance à une extension de la politique de flexibilisation et ce chemin passe par l'utilisation de tous les droits et moyens dont disposent les syndicats. ■

BIBLIOGRAPHIE

Droit comparé

DÄUBLER/LE FRIANT : un récent exemple de flexibilisation législative : la loi allemande pour la promotion de l'emploi, in *Droit Social*, 1986, p. 715.

JEAMMAUD A./Lyon-Caen, A., éd. : Droit du travail, démocratie et crise, 1986.

SCHWERPUNKTHEFT ZIAS 3 : Flexibilisierung des Arbeitsrechts, eine europäische Herausforderung, 1987.

JEAMMAUD/LE FRIANT : Liberalisierung von Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht in Frankreich, in *WSI-Mitteilungen*, 1987, p. 213.

LE FRIANT : Die Flexibilisierung der Bedingungen für die Inanspruchnahme der Arbeitskraft in Frankreich, Contribution au colloque du syndicat des métallurgistes allemands (IG Metall), Bad Homburg, mars 1988, cf. actes du colloque.

Plus généralement sur la flexibilité

BOSCH : Verkürzung und Flexibilisierung der jährlichen Arbeitszeit. *Ursachen, Wirkungen, Kontroversen, Soziale Sicherheit*, 1987, p. 227 ff.

DÄUBLER : Deregulierung und Flexibilisierung im Arebeitsrecht, in *WSI-Mitteilungen*, 1988, p. 449.

MÜCKENBERGER : Die Krise des Norlmalarbeitsverhältnisses, in *ZFS*, 1985, p. 424.

OPPOLZER : Flexibilisierung : Kennzeichen neueur Arbeitspolitik, in *AFA-Informationen*, 1985, p. 3.

OPPOLZER/WEGENER/ZACHERT : Flexibilisierung, Deregulierung, 1986.

WOLTER : Unser Leben, unser Arbeit in *DuR*, 1988, p. 280.

ZACHERT : Ein Jahr Beschäftigungsförderungsgesetz, in *WSI-Millteilungen*, 1986, p. 377.

ZACHERT : Zerstörung des Normalarbeitsverhältnisses, in *Arbur*, 1988, p. 129.

ZACHERT : Entwicklungen und Perspecktiven des Normalarbeitsverhältnisses, in *WSI-Mitteilungen*, 1988, p. 457.

Contrats à durée déterminée

ADAMY : Deregulierung des Arbeitsmarkts, in *WSI-Mitteilungen*, 1988, p. 475.

KOCH : Die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsvertäg, in *NZA*, 1985, p. 345.

RUDOLPH : Beristete Beschäfigung, ein überblick, in *Mittab*, 1987, p. 288.

Travail à temps partiel

BERTELSMANN/RUST : Arbeits- und sozialrechtliche Nachteile bei Teilzeitarbeit, in *RdA*, 1985, p. 146.

BÜCHETEMANN/SCHUPP : Zur Socialökonomie der Teilzeitbeschäftigten, in *der Bundesrepublik Deutschland*, 1986.

KLEVEMANN : Die neue Rechtsprechung des BAG zur Mitbestimmung des Betriebsrats über die Arbeitszeit und ihre Konsequenzen für die Praxis, in *DB*, 1988, p. 334.

PLANDER : Kapzitätorientierte variable Arbeitszeit als Gegenstand von Tarifverträgen und Betriebsverienbarungen, in *ArbuR*, 1987, p. 281.

Travail temporaire/intérimaire

KRÜGER : Leiharbeit. Ins *WSI-Mitteilungen*, 1987, p. 423 ff.

MAYER/PAASCH : Arbeitnehmer 2 Klasse 1986.

Travail à domicile et nouvelle indépendance

KILIAN / BORSUM / HOFFMEISTER : Telearbeit und Arbeitsrecht, Ergebnisse eines Forshungsprojektes, in *NZA*, p. 401 ff.

PFAU/SPIEKERMANN/WAHSNER : Selbst ist der Mann, 1986.

La qualité de
l'information
est dans

TRAVAIL ET EMPLOI

ABONNEZ-VOUS

page 107