L'assouplissement du temps de travail*

MÁRIO PINTO

I — INTRODUCTION

1. L'objet du rapport

Le thème général de ce Congrès est: "*Le Droit du Travail, hier et demain*". Très exactement, cette expression "*hier et demain*" veut nous poser la question du présent. D'un présent qui se manifeste comme un irrésistible procès de changement.

En effet, l'orientation donnée aux rapporteurs disait: "*la remise en cause des fondements à travers les revendications de flexibilité*". Cette orientation peut se considérer comme une espèce de complément du thème général. Si nous faisons l'intégration du thème général et de l'orientation complémentaire, on pourrait considérer que ce Congrès prend comme son objet *la remise en cause des fondements du Droit du Travail de hier, vers un Droit du Travail de demain, remise en cause provoquée par les changements couramment qualifiés comme phénomènes de flexibilité*.

C'est donc dans ce sens que ce rapport sera orienté, et très intentionnellement orienté pour introduire un débat.

* Comunicação apresentada ao Congresso Europeu de Direito do Trabalho.

Ceci dit, il faut expliciter préalablement quelques options méthodologiques.

2. Questions méthodologiques

En premier lieu, je ne vais pas faire un rapport général sur tous les changements en cours dans les systèmes juridiques nationaux des pays européens en matière de réglementation du temps de travail. Ça a été exclu par l'organisation du Congrès, elle-même, et à mon avis très judicieusement.

Ce qu'il faut faire, c'est de *discuter quelques questions fondamentales en rapport avec l'évolution du droit du travail*, ce qui n'est pas la même chose que de faire du droit comparé, ou de la législation comparée.

Évidemment, il faut avoir dans l'esprit ce qui se passe, ça veut dire, les faits. Mais seulement dans la mesure des conséquences majeures sur le *changement des fondements du droit du travail* (et nous pouvons nous considérer suffisamment informés des problèmes qui se posent à ce propos, sans qu'il soit nécessaire de parcourir toutes les réformes dans tous les systèmes nationaux).

Deuxièmement, le rapport ne s'occupera pas (sauf en cas de références occasionnelles) que du seul système ou modèle de droit du travail plus commun, et qui, par commodité, pourra être désigné par système "à dominante étatique" (exemples seront le cas français et le cas portugais), par contraste avec le système "à dominante conventionnelle" (exemple, le cas anglais)¹.

Troisièmement, il faut admettre que si nous nous intéressons aux questions fondamentales posées par les changements en matière de flexibilité du temps de travail, c'est très probable que ces questions soient les mêmes soulevées dans les autres rapports de ce Congrès, qui s'intéressent aussi aux questions fondamentales posées par la "flexibilisation" dans les autres chapitres du droit du travail qui font l'objet de ces rapports. Cette possible coïncidence sera très intéressante du point de vue scientifique; et il est possible que l'évaluation différente des rapporteurs soit un enrichissement pour les débats. On peut voir là une des plus passionnantes possibilités de la nouvelle conception de ce Congrès.

¹ Cette terminologie, on la trouve employée par ANTOINE JEAMMAUD, *Flexibilité: le procès du droit du travail*, in *Flexibilité du droit du travail: objectif ou réalité?* Paris (Éditions Législatives et Administratives), 1986, p. 23 et s.

Quatrièmement, la discussion qu'il faut faire pendant ce Congrès (réfléchir sur les changements juridiques, questionner leur sens, essayer de prévoir le droit du travail de demain) ne pourra être qu'un exercice dans la seule qualité qui nous rassemble ici: la qualité de juristes qui cultivent la science du droit du travail. Autrement, nous reproduirions les divers discours correspondants aux partis, aux idéologies, aux partenaires sociaux, aux autres experts scientifiques (comme les économistes, les sociologues, etc.).

Il est vrai que chaque science sociale ne peut pas se placer dans leur tour d'ivoire par rapport aux discours politiques et idéologiques. Il est vrai que les sciences sociales ne sont pas imperméables aux raisons des doctrines et qu'elles sont des sciences interdépendantes. Cependant, pour que les sciences sociales puissent coopérer, il faut avant tout qu'elles gardent leur individualité, leur méthode, leur objet scientifique. Si nous voulons, en tant que juristes, dire quelque chose de spécifique, alors le prix c'est l'indépendance. Et je pense qu'il y a des questions spécifiquement juridiques à poser et à discuter, dont les résultats nous devons proposer aux autres.

Finalement, une question de terminologie: on utilisera parfois le terme "crise" pour signifier le procès de changements qui se vérifie dans l'évolution du droit du travail à partir de l'avènement de la "crise" économique (la stagflation) social et politique (le chômage, la "crise" de l'État social, etc.), bien que de l'avènement de la nouvelle révolution technologique. Ce n'est pas une option théorique, ni conceptuelle; c'est une solution commode de communication, c'est une option pratique.

II — LE TEMPS DE TRAVAIL ET LE DROIT DU TRAVAIL

1. La question fondamentale du temps du travail

L'expérience générale, et aussi diverses enquêtes réalisées partout en Europe dans les dernières années, montrent la grande importance du travail dans la vie des gens. D'accord avec le rapport de synthèse du programme FAST, le travail demeurera le "grand ordonnateur du temps... et surtout il restera l'un des lieux et des moyens privilégiés de relation avec autrui et d'acquisition d'une légitimité sociale".

Cette constatation permet de souligner, une fois de plus, ce que personne nie théoriquement, à savoir, que le travail, et le temps de travail, ne peut pas être réduit à une variable économique².

Ceci dit, il est aussi vrai que le travail est le moyen pour gagner le pain de chaque jour, et qu'il faut gagner le pain dans les circonstances de la vie économique locale, nationale et mondiale. Les systèmes économiques et les circonstances économiques (comme par exemple la "crise" économique mondiale, qui n'épargne aucun système, à laquelle on peut ajouter la révolution technologique), sont des contraintes qu'on ne peut pas ignorer.

2. L'esprit du droit du travail

Au même temps qu'une aspiration millénaire de l'humanité, *la réduction du temps de travail a été un des objectifs historiques majeurs des revendications syndicales*. Sans doute par des raisons économiques (parce que le temps de travail peut être considéré une mesure de la quantité de travail que le travailleur doit réaliser en échange du salaire); mais surtout par des raisons de qualité de vie (la vie personnelle, familiale et sociale du travailleur de la civilisation industrielle était insupportable avec une très longue journée de travail, parfois sans repos hebdomadaire, dans un temps où il n'y avait pas de vacances annuelles, etc.).

Dans l'histoire du mouvement syndical et du droit du travail, l'exemple de la lutte pour la journée de 8 heures et la semaine de 48 heures restera toujours comme un monument et un symbole. Rappelons-nous, à ce propos, du 1^{er} mai; et rappelons-nous du Traité de Versailles et de la première Conférence Internationale du Travail, à Washington, qui a consacré comme horaire normal la semaine de 48 heures et la journée de 8 heures (Convention n.° 1 de l'OIT, de 1919, pour l'industrie).

L'histoire des instruments internationaux sur le temps de travail est particulièrement curieuse, parce que, d'un côté, c'est là où on trouve peut-être les conventions et les recommandations plus avancées pour l'époque où elles ont été approuvées. Et, au même temps, le nombre des pays qui par la suite ont ratifié ces instruments est vraiment ridicule. Par exemple,

² Dans un certain sens, c'est vrai que "time is money"; mais c'est profondément erroné de réduire le temps à l'économie, parce que, à la limite, ça signifierait réduire l'homme à l'économie.

la Convention n.º 47, de 1935, sur le principe des 40 heures, n'a pas encore arrivé à six ratifications.

Dans chaque pays, des lois sur le temps de travail ont été parmi les toutes premières lois de droit du travail. La limitation de la journée de travail, la fixation du repos hebdomadaire, restrictions aux horaires des enfants et des femmes, étaient, parmi d'autres, des mesures légales en principe de nature impérative, dont l'observance était fiscalisée et l'objet de sanctions pénales.

Peu à peu, toute une diversité d'aspects du temps de travail ont été l'objet de réglementation, légale ou conventionnelle. On peut dire qu'il s'agit d'un chapitre des plus importants, dans le droit du travail: soit du point de vue pratique, soit du point de vue théorique; soit dans les lois, soit dans les conventions collectives.

L'esprit dominant de toute l'évolution du droit du travail, jusqu'à l'avènement de la crise, a été *le progrès dans la réduction et dans l'aménagement du temps de travail selon intérêt décisif de la personne du travailleur*. Il faudrait améliorer la qualité de vie par la réduction du temps de travail et l'aménagement des horaires. La production et l'économie devraient évoluer et s'adapter à cette amélioration. Et ça se montrait tout à fait possible, comme un fait historique, malgré la résistance des employeurs. Le futur d'une société de loisirs était la référence pour cette évolution, où l'augmentation de la productivité était la clé.

3. Le droit du travail après la crise

Avec la crise économique et du chômage, à laquelle s'ajoute la nouvelle révolution technologique, une présupposition basique a changé: la bonne marche du progrès de la production, de l'économie et de l'emploi, sur laquelle on voulait construire la bonne marche du progrès social. Avec la crise, pas seulement les gouvernements et les employeurs, mais aussi les travailleurs et leurs syndicats ont dû se préoccuper:

- avec la préservation des entreprises et des secteurs économiques, comme sources de richesse et d'emploi;
- avec l'équilibre de l'économie du pays et avec leur futur dans le cadre d'une compétition internationale irréfutable;
- avec les transformations technologiques dans un monde en transformation et devenu incertain pour la stabilité du tissu économique, de l'emploi et des revenus.

Dans cette situation, il y a une espèce de cercle vicieux, parce que le chômage augmente l'offre d'une main-d'oeuvre disponible pour formes plus flexibles de travail (comme le contrat à terme, le travail temporaire, le part-time, le travail discontinu), qui répond au besoin économique des entreprises. Et la réduction de cette flexibilité légale, peut jouer un rôle favorable à l'effet pervers du travail illégal de l'économie clandestine.

Dans ce cadre, même *les stratégies des syndicats et des travailleurs collectivement dans leurs entreprises changent visiblement, dans la mesure où on fait une intégration du social et de l'économique*. Quand l'économie marchait bien, les travailleurs étaient dans une condition de revendiquer, et même de contester ce qui était, à la fois, l'affaire du patron et la source du pouvoir et de la richesse qu'il faudrait répartir avec justice. Maintenant, et ne voulant pas prendre le système en main, les travailleurs sont forcés à considérer les exigences de la "viabilisation" des entreprises et de l'économie, comme condition de la satisfaction de son propre intérêt.

Alors, *la réduction et l'aménagement du temps de travail est devenue aussi une variable pour les finalités nouvelles, ou avec un sens nouveau, à savoir: le progrès, ou au moins la survivance des entreprises (soit économique soit technologique) et le partage du temps de travail pour obtenir la multiplication de l'emploi*.

Suivant cette logique, et par des initiatives diversifiées des gouvernements, des employeurs et aussi des travailleurs, par moyen de la législation et par moyen des accords sociaux, la crise économique (et la révolution technologique) encore en cours a provoqué des changements profonds dans les relations de travail, en général, et en spécial dans la réduction et l'aménagement du temps de travail. C'est la fameuse *flexibilité*.

4. Qu'est-ce la flexibilité?

"Qu'est-ce que la flexibilité? C'est un projet de transformation des relations professionnelles inspiré du postulat que les contrats de travail, les rapports sociaux dans l'entreprise ne doivent pas être fondés sur des règles générales impersonnelles et universelles générées par l'État ou même les conventions interprofessionnelles et nationales. Les décisions et les réglementations centralisées, outre qu'elles sont souvent dénuées

d'effectivité, aurait des effets pervers sur l'activité économique, sur l'emploi et même sur le progrès social. Il y aurait aujourd'hui une demande de décentralisation, d'autonomie, de spécificité, d'adaptation des normes qui régissent les relations de travail"³. En général, l'idée de flexibilité est souvent liée à l'idée que "toute solution uniforme, décrétée d'en haut, est inopérante parce que mal adaptée aux situations de nombreuses entreprises"⁴.

Il s'agit là d'une définition qui contient les éléments d'un procès de changement juridique ouvert à des politiques législatives qui peuvent être diverses et qui peuvent donner suite à des modèles différents de systèmes de droit du travail et des relations professionnelles. Par exemple: on peut très facilement imaginer que cette définition peut être acceptée, en principe, par ceux qui sont en faveur d'une «dérégulation» d'inspiration individualiste néo-libéral, comme pour ceux qui sont en faveur d'un système très décentralisé de concertation sociale dont les protagonistes sont les partenaires sociaux.

La flexibilité du droit du travail est, en premier lieu, une revendication très répandue parmi les employeurs et beaucoup d'économistes, qui va dans le sens de réduire les formes de protection des travailleurs fixées par des lois impératives et universelles (le "garantisme" rigide).

Elle est, en deuxième lieu, reconnue par les syndicats, mais en termes qui réfutent la première responsabilité des travailleurs ou, en tout cas, qu'ils doivent être les premières victimes des changements.

D'une façon générale, les syndicats sont très favorables à la réduction du temps de travail, soit par des raisons de qualité de vie, soit par des raisons de partage de l'emploi. Ce point de vue est très bien illustré par la stratégie proposée par la Confédération Européenne des Syndicats. Mais ils veulent en principe maintenir les niveaux de rémunération, ce qui (en général, et sauf les exceptions des pays et des secteurs plus riches et avancés) devient très dur pour les entreprises dans un contexte économique difficile.

Sur l'aménagement du temps de travail là, l'opinion des syndicats est plutôt en général réservée; il s'agit d'un procès très difficile à contrôler et dont les conséquences sont incertaines.

³ BUNEL et DUPUPET, *La flexibilité dans le débat social*, in Centre de Recherche de Droit Social, *Flexibilité du Droit du Travail: objectif ou réalité?* Paris (Éditions Législatives et Administratives), 1986, p. 9-10.

⁴ JEAN-PIERRE JALLADE, *La réduction*, p. 166.

La flexibilité est encore une politique des gouvernements, pratiquement sans exceptions, dans un contexte d'exigences d'emploi, d'un côté, et de conditions de compétition, d'autre côté. Sur la base de l'idée qu'il faut réussir dans l'animation et le progrès de la vie des entreprises, des secteurs économiques et de l'économie nationale, en général, pour obtenir une augmentation de l'emploi; et encore sur la base de l'idée que la réduction individuelle du temps de travail en principe peut signifier une répartition de l'emploi, *la pratique de "flexibilisation" du temps de travail est très fréquemment une articulation de l'aménagement et de la réduction du temps de travail.*

Par l'aménagement, c'est plus directement l'intérêt des entreprises qui est déterminant, quoique on ne peut pas exclure, aussi, que l'intérêt des travailleurs puisse aussi être relevant dans beaucoup de cas. Mais par la réduction du temps de travail, c'est plus directement l'intérêt des travailleurs qui est favorisé.

En général, tous les gouvernements essayent des mesures qui sont une combinaison de réduction et d'aménagement du temps de travail, plus ou moins cohérente comme politique d'emploi.

5. Le cadre traditionnel typique de la réglementation du TT

Les changements introduits dans le cadre traditionnel typique de la réglementation du temps de travail sont très diversifiés et il n'est pas facile de donner une systématisation valable pour tous les cas. Mais il est convenable d'en faire quelques références.

Dans le cadre qui se développait dans la tradition de l'organisation "fordiste" du travail, le temps de travail était limité et aménagé selon un modèle qu'on pourra esquisser comme ça, dans sa généralité:

- limitation de la journée de travail (en principe, à huit heures, avec tendance pour la réduction);

- lesquelles devraient en règle être pratiquées pendant le jour, avec une limitation initiale et une limitation finale (avant et après laquelle on parlait de travail nocturne);

- il y avait une régularité de l'horaire journalier, sauf dans les cas de travail posté et quelques autres situations spéciales;

- la semaine était limitée régulièrement (en principe) par le repos hebdomadaire;

— les situations hors de ce modèle (travail nocturne, travail posté, heures supplémentaires) étaient en principe plus chères pour les employeurs, et elles étaient autorisées ou contrôlées par l'administration du travail.

Des lois (impératives) de protection aux travailleurs fixaient:

- quelle pourrait être la durée maximale de la journée de travail;
- quelle était la période pendant les 24 heures de chaque jour où les employeurs pouvaient fixer les horaires de travail;
- les limitations dans l'organisation des horaires (par exemple, obligation de pause après un certain nombre d'heures de travail);
- le repos hebdomadaire.

Les conditions pour la pratique d'autres régimes de temps de travail étaient fixées par des lois, souvent avec un contrôle de l'administration du travail.

Des protections spéciales étaient fixées pour le travail des femmes et des jeunes, ainsi que pour le travail en conditions particulièrement pénibles ou dangereuses.

Dans le cadre annuel, la loi fixait les vacances minimales et, en générale, les sériés et toutes sortes de congés spéciales.

La loi fixait l'âge minimale de l'accès au travail; et, après une certaine âge (où en cas d'incapacité), le travailleur avait droit à la retraite.

Or ce modèle traditionnel basique d'organisation du temps de travail, très sommairement esquissé, est en train de souffrir des changements un peu partout, selon des rythmes et conditions d'ailleurs diversifiées de la "flexibilisation". Du point de vue juridique, on vérifie l'avènement de nouvelles lois et aussi des contenus nouveaux dans les négociations collectives.

6. Formes de réduction/aménagement du temps de travail

À ce propos, il paraît utile de maintenir vive la distinction courante, entre travail typique et travail atypique, parce que c'est là une distinction qui polarise une grande partie de la discussion et du problème du changement pas seulement de la vie de travail, mais aussi du droit du travail. La réduction du temps de travail peut être considéré dans le cadre de la relation de travail "typique", ça veut dire, du contrat de travail à temps indéterminé (sans terme) et à temps plein (avec ou sans réduction

du salaire). Mais elle peut aussi être considérée dans le cadre des relations de travail atypiques, où la réduction du temps de travail se manifeste par des formes très diversifiées: comme le "part-time", avec ou sans partage direct du poste de travail, le travail à terme, le travail temporaire, etc. etc.

Un cadre schématique des nouveautés ne pourrait pas oublier quelques tendances plus courantes, comme ces tendances qui font l'articulation de la réduction avec l'aménagement, ou qui se limitent à une réduction ou à un aménagement.

1 – réduction de la durée de la vie professionnelle

augmentation de la scolarité

formation professionnelle initiale

anticipation des retraites

2 – réduction/aménagement annuelle du travail

vacances annuelles plus longues mais parfois "flexibilisées";

formation professionnelle (congé annuel de formation)

concession de congés spéciaux

travail "à temps alterné"

toutes sortes de modulation dans un cadre plus long (horaire annuel)

3 – réduction/aménagement mensuelle et hebdomadaire;

travail à horaire réduit

travail pendant le fin de semaine

travail posté

horaires modulés

4 – régime des heures supplémentaires plus stricte, mais parfois plus flexible

5 – travail à temps partiel; partage du poste de travail

6 – travail à temps déterminé plus libérale; travail temporaire

Dans quelques pays européens, "l'État cherche plutôt à combattre le chômage en réduisant la durée du travail. Il est certain que le partage de l'emploi par la réduction de la durée du travail n'est pas une nouveauté et que l'expérience en a souvent été faite, mais les mesures de cet ordre prises ces dernières années sont beaucoup plus systématiques et radicales, surtout dans la mesure où elles s'attaquent à des normes depuis longtemps entrées dans la pratique et subordonnent manifestement la négociation

collective aux volontés du gouvernement"⁵. Comme exemple d'une intervention de l'État dans cette orientation, la Belgique et la France⁶.

Les contrats de solidarité sont une tentative de stimuler la manutention de l'emploi ou des nouvelles embauches, soit avec quelques aides directes de l'État, soit par la stimulation des préretraites. À ce propos, la expérience française est très importante.

L'idée des contrats de solidarité, en Italie, est née d'une directive unitaire des syndicats CGIL, CIS et UIL, où les syndicats ont convenu sur le besoin d'utiliser les conventions collectives pour réduire le temps de travail en articulation avec la manutention du niveau de l'emploi dans les entreprises ("mantenimento dei livelli occupazionali")⁷. Mais très significativement, une loi a été considérée nécessaire pour articuler les rôles du gouvernement, des travailleurs et des entreprises⁸. "Dans l'accord du 22 janvier (le célèbre "protocollo Scotti"), et en ce qui concerne aux contrats de solidarité, les parties ont revalorisé complètement le rôle de la négociation: à la renonciation du syndicat à l'intangibilité de quelques rigidités, fait correspondance la renonciation de l'entreprise à la gestion unilatérale des procès de transformation productrice et organisatrice qui ont des effets directs sur l'emploi, sur le temps (horaire) de travail, sur les formes d'utilisation du travail (contrats à terme et à temps partiel)"⁹. "Gli accordi aziendali di solidarietà vengono stipulati dopo un esame congiunto, tra la direzione aziendale e i rappresentanti dei lavoratori, della situazione produttiva e finanziaria delle aziende, dei loro piani di ristrutturazione e di investimento, e sulla base di una valutazione del fabbisogno attuale e futuro di manodopera. Spesso l'applicazione dei contratti aziendali di solidarietà comporta la necessità di una riorganizzazione complessiva del sistema degli orari e dei turni nelle aziende, a cui è possibile adattare regimi di orario individuale e, ove possibile, anche prestazioni di lavoro a tempo parziale"¹⁰. "Ciò comporta un'intensa attività negoziale e di amministrazione del contratto, nonché periodiche consultazioni dei

⁵ BIT, *La négociation collective, face à la récession dans les pays industrialisés à économie de marché*, Genève, 1984, p. 5.

⁶ BIT, *La négociation collective*, p. 5.

⁷ V. GIANNI ARRIGO, Contratti di solidarietà, in TREU (coord), *Il patto contro l'inflazione*, Roma 1984, p. 48.

⁸ V. GIANNI ARRIGO, Contratti, p. 49.

⁹ V. GIANNI ARRIGO, Contratti, p. 49.

¹⁰ V. GIANNI ARRIGO, Contratti, p. 51.

lavoratori e consente un più diretto controllo sindacale dei processi di ristrutturazione delle aziende”¹¹.

Le partage des emplois est une solution beaucoup plus difficile pour les syndicats et même pour les travailleurs directement. Les expériences ne permettent pas de considérer cette mesure comme très efficace. “On voit que travailleurs et employeurs (italiens) préfèrent négocier la réduction des coûts de main-d’œuvre plutôt que le partage des emplois, bien qu’en ce dernier domaine on signale de nouvelles expériences”¹².

On connaît quelques expériences de réduction/aménagement de temps de travail, soit plus étatiques, soit plus conventionnelles. On formule toujours des doutes sur l’efficacité réelle de ces expériences sur l’emploi et sur l’économie (“Les relations entre la RTT, le niveau de l’emploi et le chômage ne sont ni directes, ni simples”¹³). Mais le phénomène paraît inéluctable, soit au niveau de la législation, soit au niveau des négociations collectives.

III — LE SENS DU CHANGEMENT

1. Une nouvelle législation du travail à tous les azimuts

Une nouvelle législation du travail change l’abordage aux relations de travail.

Selon la tradition du droit du travail, par la “législation de protection aux travailleurs” la question était de protéger les intérêts des travailleurs dans une relation dont la création et la conformation contractuelle avaient lieu entre deux parties avec une très inégale force de négociation; et qui, une fois créée, s’exprimait avec une structure interne de subordination juridique du travailleur, la partie qui était aussi en règle économiquement

¹¹ V. GIANNI ARRIGO, *Contratti*, p. 51.

¹² BIT, *La négociation collective*, p. 3

¹³ JEAN-PIERRE JALLADE, *La réduction et l’aménagement du temps de travail: leçons de l’expérience française*, in *Travail et Société*, mai 1985, p. 162. Cet Auteur dit encore: “La grande question est ici de savoir si la RTT a contribué à maintenir ou à augmenter le niveau de l’emploi via le partage du travail ou, au contraire, à accroître le chômage via l’augmentation des coûts salariaux et la dégradation de la compétitivité de l’appareil de production”. Pour l’expérience allemande, v. FRIEDRICH FÜRSTENBERG, *Les réglementations de la durée du travail en République fédérale d’Allemagne*, ibidem.

dépendante de leur emploi. Ainsi, le droit du travail était nécessairement axé sur le contenu des droits et des devoirs de la relation de travail, dans laquelle il faudrait réaliser la justice commutative et distributive.

Cependant, la *"nouvelle législation du travail"*, aujourd'hui¹⁴ multiplie les directions normatives. Elle veut stimuler l'emploi, par des nouvelles admissions ou par des efforts de manutention des postes de travail. Elle veut aider la recyclage et la formation professionnelle des travailleurs. Elle veut sauver les entreprises par quelques concessions en matière de conditions de travail. Elle fait aussi des concessions spéciales pour l'installation de nouvelles entreprises. Elle veut aider les travailleurs à la plus grande mobilité, soit interne soit externe, quand il est nécessaire. Elle veut aider les travailleurs à créer son propre travail indépendant, faisant une liaison entre le travail subordonné et le travail autonome. Elle fait des articulations spéciales entre des mesures fiscales et mesures de politique de travail. Elle crée des nouvelles articulations entre le droit du travail et le système de sécurité sociale.

Si on observe avec attention les manuels récents de droit du travail, on trouve des chapitres nouveaux, ou au moins de références à ces nouvelles lois sur l'emploi, la formation professionnelle, les entreprises en difficulté, le partage du travail, les nouvelles technologies, etc. etc. Dans un effort de synthèse, on dirait que le droit du travail est devenu beaucoup plus large; tout ce qui regarde les problèmes du travail et des travailleurs peut faire l'objet de la nouvelle législation du travail. Cette législation protège le travailleur employé et aussi le travailleur chômeur; le travailleur qui cherche le premier emploi et celui qui veut devenir travailleur autonome. Cette législation s'intéresse aux relations entre les travailleurs: ceux qui veulent partager le travail; ceux qui veulent prendre leur retraite plutôt pour donner de la place à autres; ceux qui sont disposés à sortir d'une entreprise pour créer un travail autonome en coopérative; etc. etc.

¹⁴ Dans un temps où la situation historique des travailleurs s'était déjà beaucoup amélioré, il faut le dire, surtout en conséquence des changements du "garantisme" et du changement de forces des dernières années 60 et premières années 70.

2. Les nouvelles relations professionnelles

Dans les dernières années, on a beaucoup parlé de nouvelles relations professionnelles ("nuove relazioni industriali"¹⁵); et les études sur les nouvelles stratégies des syndicats, et sur le changement même du paradigme syndicale, sont nombreuses. Nous ne savons pas si la crise actuelle transformera fondamentalement les systèmes de relations professionnelles du modèle général des pays européens occidentaux; mais il est certain qu'elle a déjà remis en question la nature et l'orientation de certains systèmes, modifié les rôles et les rapports de force entre les partenaires sociaux et changé l'ordre des priorités¹⁶.

On pourra peut-être noter quelques phénomènes plus importants, et faire quelques interrogations, qui sont à l'ordre du jour dans les analyses sur les systèmes syndicaux, et qui ont des connexions avec la "flexibilisation" du temps de travail:

1) les expériences tripartites de concertation, qui expriment une relation différente dans les rapports entre le pouvoir politique et les partenaires sociaux et un sens de centralisation, de coopération et d'intégration des négociations collectives¹⁷;

2) dans le cadre des nouvelles relations pouvoir politique partenaires sociaux, on constate, parfois, des expériences d'une majeure intervention et contrôle des gouvernements sur les négociations collectives, soit dans le secteur publique, soit dans le secteur privé¹⁸ (noter que cette intervention a eu incidence sur l'autonomie des parties, surtout en matière de salaires et de temps de travail);

3) on pourra poser la question de savoir quelle sera la logique qui peut expliquer l'alternative de ces deux types de relations: de concertation, ou bien d'intervention autoritaire;

4) changements évidents dans quelques aspects des négociations, comme: les dislocations de niveaux (centralisation et décentralisation); les changements de processus dans les négociations; modifications du contenu des conventions, avec changements de priorités, nouveaux préoccupations, et intégration d'objectifs à la fois sociaux et économiques — par exemple dans le cadre des contrats de solidarité;

¹⁵ TREU, *Le nuove relazioni industriali*, in TREU, *Il patto*, p. 11.

¹⁶ V., BIT, *La négociation collective face à la récession dans les pays industrialisés à économie de marché*, Genève, 1984, p. 1.

¹⁷ BIT, *La négociation collective*, p. 2.

¹⁸ BIT, *La négociation collective*, p. 3 s.

5) l'initiative de la proposition des changements, dans les négociations collectives, est passé des syndicats aux employeurs, d'une manière très significative portant sur des restructurations des entreprises et des nouvelles formes d'aménagement des salaires et du temps de travail¹⁹;

6) la crise syndicale d'affiliation et de perte de pouvoir de mobilisation (d'ailleurs en termes et dimensions diversifiés et discutables); et peut-être même un changement de la culture syndicale traditionnelle.

Dans quelques pays, au moins, on a vu des changements importants. Et les changements ne se sont pas arrêtés. Justement sur une phase de l'expérience italienne de concertation sociale, nous pouvons rappeler l'analyse de TREU, dans sa contribution dans le volume "Il patto contro l'inflazione", qui parle de nouvelles relations industrielles. Etant donnés les précédents du pacte social italien de 1963, et les circonstances et le contenu du pacte, TREU nous propose une conclusion qui voit dans l'expérience italienne un objectif général de "*raccordare la contrattazione collettiva con alcune esigenze economiche di fondo, a cominciare dal contenimento dell'inflazione, nel mantenimento del valore reale dei redditi, e nel sostegno dell'occupazione*"²⁰. Mais le contenu du pacte allait plus loin, selon TREU, et il visait la *réforme des relations professionnelles*²¹. Il a vu comme modifications réformistes quelques caractéristiques fonctionnelles de l'accord: la méthode triangulaire explicite; la "procéduralisation"; et la centralisation des rapports syndicaux. Selon TREU, ces objectifs de l'accord voulaient changer, de façon permanente, le système des relations professionnelles, dans une direction grosso modo analogue à celle déjà essayée dans les systèmes européens plus consolidés du centre-nord Europe, où il voit comme traits typiques la méthode triangulaire, la participation ("*coinvolgimento*") des syndicats dans les choix économiques, la "procéduralisation" et la centralisation²².

¹⁹ БП, *La négociation collective*, p. 11.

²⁰ Le nuove relazioni industriali, p. 12. TREU, reconnaît que "l'obiettivo e lo scambio fra autocontrollo salariale e rilancio economico occupazionale erano tipici dei patti sociali, sperimentati in molti paesi europei nell'ultimo decennio" (ibidem).

²¹ "Il contenuto dell'accordo, però andava oltre la politica dei redditi, in quanto tentava di delineare un disegno più vasto di riforme delle relazioni industriali" (Le nuove relazioni industriali, p. 12).

²² V. Le nuove relazioni industriali, p. 12-13.

Cette expérience de concertation sociale italienne est significative dans la mesure des caractéristiques très particulières du système italien de relations professionnelles. Mais nous pouvons ajouter à cette expérience les expériences espagnole et portugaise. Très différentes, soit dans le temps (plus tardive, la portugaise) soit dans leurs caractéristiques (l'expérience portugaise beaucoup plus institutionnalisée dans le Conseil Permanent de Concertation Sociale, par exemple), ces expériences montrent le même souci de contrôle syndical d'une situation où les revendications classiques des travailleurs rencontrent des grandes difficultés et un contexte nouveau, avec des nouvelles exigences économiques mais qui ont des incidences directes dans les intérêts des travailleurs, notamment sur l'emploi.

Le fait que dans quelques pays, et malgré la diversité des situations, on peut, peut-être, reconnaître la fin ou la crise des expériences de concertation sociale essayées (Royaume Uni, Italie, Espagne, Portugal) ne porte pas à conclure qu'on est tombé tout simplement au modèle du "pluralisme conflictuel", parce que les situations sont très clairement de crise en profit des interventions des gouvernements dans un contexte de "concession bargaining" syndical, réel et diffus, bon-gré mal-gré.

Les études sur les négociations collectives, surtout, sont impressionnantes sur la constatation du phénomène d'intégration du social et de l'économique (voir, par exemple, en France, l'étude de BUNEL et DUPUTET²³).

IV — QUELQUES PROPOSITIONS POUR LE DÉBAT SUR LES TENDANCES DU DROIT DU TRAVAIL D'AUJOUR- D'HUI ET SUR LES PERSPECTIVES DU DROIT DU TRAVAIL FUTUR

D'après les considérations antérieures, quelles sont les *tendances juridiques plus visibles et importantes dans l'évolution du droit du travail*, provoquées par la flexibilité du temps de travail (et, en général, par la "flexibilisation" globale du droit du travail), soit dans ce qui concerne les lois nouvelles, soit dans ce qui concerne les négociations collectives? Quels sont les traits qu'on pourra entrevoir pour un droit du travail du futur?

²³ *La flexibilité dans le débat social*, en *Flexibilité du droit du travail*, p. 9 et s.

Pour une discussion sur ces interrogations, je propose les points suivants.

1. La diversification des regimes: vers un droit du travail encore plus pluraliste

Nous savons que le droit du travail est un droit pluralist. Mais il faut reconnaître, dans les dernières années, le phénomène nouveau des "*nouvelles formes de travail*". Ou, si on préfère, le phénomène des "*relations de travail atypiques*".

Il s'agit, d'une part, du *recours plus frequent à quelques formes juridiques de travail déjà existantes* (contrat de travail à temps déterminé, travail temporaire strictu sensu, travail à temps partiel, etc.). À la première vue, le phénomène est d'ordre quantitative; mais dans la mesure où il signifie l'augmentation des anciennes formes marginales de travail, il devient une question pas seulement d'ordre quantitative.

Mais il y a, aussi, la *multiplication de nouvelles formes de travail, par une diversification de formes contractuelles et de clauses contractuelles nouvelles*. Juridiquement, on constate une *diversification des regimes des relations de travail*, par rapport au régime "typique" traditionnel du contrat de travail à plein temps et à temps indéterminé (le contrat de travail "typique"), caractéristique des formes d'organisation de production qui se sont développées dans les entreprises surtout pendant les trois célèbres décades d'après guerre²⁴.

Il ne faut pas confondre une *diversité de regimes juridiques* (et, dans ce sens, ce qu'on peut nommer de *flexibilité juridique*) avec une "*dérégulation*" et une "*individualisation*" du *regime des contrats de travail*. Cette "*dérégulation*" et cette "*individualisation*" signifierait revenir à la conception libérale du regime du contrat de travail (comme contrat de droit civil libéral), ainsi abandonné à l'autonomie contractuelle des individus; et, par conséquence, signifierait la disparition historique du droit du travail.

²⁴ On ne considère pas les formes de travail illégales. Mais là, il ne faut pas oublier que le droit ne réussit pas toujours à dominer complètement la dynamique sociale, dans quelques situations, et qu'il peut même provoquer (comme effet pervers) la multiplication des illégalités — se rappeler de la "loi sèche" américaine (une loi avec très bonne intention) et de la montée de criminalité qu'elle a "provoqué".

La diversité des régimes juridiques des relations de travail, de façon à permettre une adaptation aux besoins de la vie économique, des transformations technologiques et de l'emploi, peut avoir lieu par des moyens juridiques qui, en toute circonstance, puissent exercer la fonction de protection et de garantie des intérêts des travailleurs, qui est, historiquement, celle du droit du travail. Comment?

2. La diversification juridique des régimes de travail

Il est impossible que se soit la loi elle-seule à multiplier les régimes juridiques. Par définition, la loi ne peut pas régler la diversité de la vie. C'est là une justification, soit pour l'autonomie contractuelle individuelle, soit pour l'autonomie contractuelle collective (négociations collectives). On est là bien d'accord.

Mais la question est de savoir si, comme condition de la diversification, la loi du travail doit réduire même le "noyau dur" des normes impératives qui, par des raisons d'ordre publique, l'autonomie privée ne peut pas déroger..

Dans le cas où cette réduction pourrait se faire au bénéfice de l'autonomie individuelle, alors on déboucherait dans l'*individualisation du droit du travail*. Cette évolution signifierait (nous l'avons déjà dit) la libéralisation juridique des relations de travail dans un marché juridique individuel, et par conséquence ça signifierait la disparition du droit du travail dans sa spécificité.

Mais il y a l'alternative de l'autonomie collective syndicale, qui signifie le refus de l'option libérale individualiste, et l'option pour un *système normatif, bien que pluraliste et décentralisé*.

Or bien: il existe, déjà, l'expérience d'une délégation de la loi dans les conventions collectives. Il ne s'agit là d'un phénomène nouveau. Dans le droit du travail portugais, par exemple, les conventions collectives de travail sont qualifiées par la loi de l'État comme une source de droit, avec efficacité normative. Et la loi, comme source normative supérieure à la convention collective, contient des normes impératives qui ne peuvent pas être dérogées ni par l'autonomie contractuelle individuelle, ni par l'autonomie collective. Cependant il y a d'autres normes légales impératives qui peuvent être dérogées par les conventions collectives, mais pas par l'autonomie contractuelle individuelle. On peut reconnaître là une espèce de *délégation de la fonction normative protectrice*

de la loi impérative en faveur de la convention collective normative, ça veut dire, de l'autonomie syndicale, toujours sans concession à l'autonomie individuelle.

Dans la mesure où le droit du travail peut faire une évolution dans cette direction, on pourra dire qu'il devient moins statique et plus syndical. La raison serait toujours le besoin de diversifications et aussi le besoin d'articuler les variables de la vie de travail au-dedans même du noyau dur des limitations jadis qualifiées d'ordre publique. L'ordre publique deviendrait plus souple, dans la mesure d'une délégation légale à l'autonomie syndicale.

3. La question des principes fondamentaux du droit du travail

Il faut ici se demander si cette conception signifie l'abandon de l'hérarchie traditionnelle des sources de droit du travail et du principe du "favor laboratoris"²⁵, qui inspire l'esprit de ce branche du droit.

La réponse doit être non.

En fait, la délégation du rôle de protection des intérêts des travailleurs dans l'autonomie collective aura toujours son fondement dans la loi. La loi ne perd pas son rang hiérarchique supérieur quand elle fixe des régimes facultatifs, qui peuvent être substitués par l'autonomie syndicale.

Deuxièmement, la loi peut toujours moduler, selon les circonstances, cette délégation, jusqu'à trouver les équilibres nécessaires.

D'autre côté, ce que la loi autorise aux conventions collectives est de faire des *conglabations protectrices*, ça veut dire, des combinaisons globales, qui peuvent être *globalement plus favorables aux travailleurs* même s'il y a une réduction parcellaire dans un bénéfice par rapport au niveau légal de protection, et ça *selon le jugement des intérêts des travailleurs par les syndicats, dans le cadre d'une situation concrète et plus élargie* (v. plus loin, sur le phénomène de l'élargissement du droit du travail).

Il y a effectivement deux systèmes d'évaluation sur la "favorabilité" du contenu d'une convention collective, par rapport à la loi ou à une autre convention collective. Une méthode ce sera de comparer chaque mesure

²⁵ Cette interrogation est évidente. V. par exemple YOTA KRAVARITOU-MANTAKIS, *Nouvelles formes de travail: Aspects de droit du travail et de la sécurité sociale dans la Communauté Européenne*, Working papers, European Foundation, 1988, p. 147.

ou chaque bénéfice, séparément (théorie du cumul). Un autre méthode ce sera de comparer la globalité des régimes (théorie de la conglobation). On doit avouer que la conception traditionnelle des normes légales d'ordre public était tributaire de la théorie du cumul. Mais il n'y a pas de raison logique décisive pour refuser quelque forme d'évolution, qui peut être prudente, dans le sens d'une certaine articulation de la conception du noyau dur des normes légales impératives d'ordre social avec les applications de la théorie de la conglobation (ce qui ne signifie pas l'abandon pur et simple de l'idée subjacente à la législation de protection aux travailleurs).

Ne pas oublier, à ce propos, les expériences des pays où le rôle de la législation générale de protection aux travailleurs a été pratiquement substitué par les conventions collectives et autres sources normatives de l'autonomie privée, et où on a vérifié des progrès historiques comparables dans la protection aux travailleurs.

4. L'élargissement du droit du travail

Au contraire de ce qu'il peut paraître face à une certaine réduction des réglementations impératives de protection aux travailleurs, on constate un *élargissement du corps normatif et de l'objet même du droit du travail*, toujours gardant son esprit. Défini souvent et longtemps comme le droit des relations de travail subordonné, ça veut dire, comme le droit des travailleurs subordonnés occupés, il devient maintenant, petit à petit, un *droit de la vie de travail de tous les travailleurs*, pas seulement des travailleurs occupés, mais aussi des travailleurs chômeurs, en formation, en retraite, etc.

Il est vrai que la sécurité sociale et d'autres branches du droit économique et fiscal maintiennent encore leur autonomie technique et scientifique. Mais il est vrai aussi que le «droit du travail de la crise» multiplie les initiatives de politique législative en faveur de formes d'articulation du droit du travail avec d'autres branches juridiques. On connaît bien, dans la politique d'emploi, les mesures de sécurité sociale et de caractère fiscal et économique qui tombent dans le sein du droit du travail — par exemple les contrats de solidarité, et toutes sortes d'incentifs aux employeurs qui se projectent dans le régime des relations de travail.

Dans ce sens, la promotion de l'emploi bien comme la formation des travailleurs, par exemple, deviennent des chapitres nouveaux du droit du

travail, ce qui veut dire que *le nouveau droit du travail s'intéresse à une vision plus intégrée de la vie de travail, et dans une perspective d'articuler la protection individuelle du travailleur avec des solutions socio-économiques et de solidarité.*

En revenant plus strictement au thème du temps de travail, on constate que, là aussi, le droit du travail s'intéresse aujourd'hui à la vie de travail, dans son commencement (politique d'admission), dans son rythme (toutes sortes d'aménagements du temps de travail, à la vie, à l'année, etc.), et à sa termination (pas seulement le licenciement, mais aussi la retraite, anticipée ou graduelle, etc.). Ça veut dire: *au temps de travail dans la perspective de toute la vie des hommes et dans une perspective de solidarité parmi tous les hommes.*

5. Un nouveau concept de stabilité dans le travail

Face à ce changement, il faut se poser la question de la *stabilité au travail*. Est-ce que cette idée, aussi fondamentale dans l'évolution du droit du travail, devient rejetée?

Une réflexion plus profonde sur l'idée de la stabilité au travail dans les conditions du temps présent et du temps qui vient, oblige, à notre avis, à *un nouveau concept de stabilité dans le travail, différent de celui qui est traditionnel et encore courant aujourd'hui.*

Il faut que le droit du travail trouve actuellement un nouveau concept, qui ne regarde pas simplement la *stabilité des travailleurs occupés par un contrat à temps indéterminé*, qui ne soit pas tout simplement une stabilité *individuelle et réelle* sur les postes de travail inspirée à l'idée de la propriété privée individuelle. Dans les conditions sociales nouvelles, dont on connaît déjà quelques signes et les futurologues nous annoncent, il faut plutôt garantir une *stabilité dans la vie de travail* une *stabilité sociale et solidaire* dans les conditions du futur.

Cette conception d'un nouveau concept de *stabilité dans la vie de travail* doit réaliser une systématisation hiérarchique et dialectique de quatre niveaux de protection sociale.

a) Dans un premier niveau, on trouvera *la garantie d'un revenu*, comme expression du *droit au travail* entendu comme droit fondamental (puisque le travail est le moyen de gagner la vie, et cette dimension est vraiment prioritaire).

b) Dans un deuxième niveau, le droit au travail s'exprime par l'occupation d'un poste de travail. C'est *le droit au travail* dans un sens plus riche, comme accès effectif à l'expression de la dignité humaine par l'activité, par le travail.

c) Dans un troisième niveau (moins fondamental par rapport aux précédents, il faut le dire), on trouve la stabilité du travail comme *stabilité dans une occupation donnée, dans une entreprise*. C'est ici, dans ce troisième niveau, qu'on trouve classiquement la question du licenciement, et aussi des contrats à temps "limité".

d) Finalement, c'est la *stabilité dans le poste de travail au sein de l'entreprise* qui vient, dans la problématique de la mobilité interne du travailleur²⁶.

6. Un nouveau système global de régulation de la vie du travail

Finalement, le système de régulation du travail, soit des relations individuelles, soit des relations collectives, est devenu beaucoup plus inter-actif, inter-dépendant et solidaire, dans ses deux composantes étatique et sociale (système syndical).

Ce phénomène reproduit l'évolution visible dans l'ensemble des systèmes démocratiques actuels: beaucoup plus de dialogue, de négociation et de compromis entre l'État et la société. Beaucoup plus d'intégration des divers aspects de la vie: le politique, l'économique, le social, le culturel, l'écologique, etc. etc. En conséquence, beaucoup plus de compromis et de participation dans un procès qui s'achemine pour un auto-réglage global des sociétés.

Comme tendance, le pouvoir politique actuel est continuellement obligé de tout négocier avec les corps sociaux. Dans ce sens, aujourd'hui, *gouverner c'est négocier*. L'État devient chaque fois plus faible et la société plus forte (selon la théorie de la somme zero, le pouvoir total étant toujours le même, c'est seulement sa distribution qui change).

Dans ce cadre, nous sommes en train d'évoluer pour un droit du travail plus globalisant de la vie de travail, plus diversifié, plus décentralisé, et surtout plus autonome (un droit moins étatique et plus corporatif).

²⁶ Pour un essai sur ce nouveau concept, nous nous permettons de citer notre article, *Garantia de emprego e crise económica, contributo ensaístico para um novo conceito*, in Revista de Direito de Estudos Sociais, ano XXIX, n.º 4.

La question, ici, est de savoir si les corps sociaux donnent la garantie d'une protection individuelle. Cette question peut avoir des réponses diverses, selon les opinions et les circonstances. Mais cette relativité est de la même nature que celle qui correspond à la garantie donnée par l'État. S'il y a une chose indiscutable c'est que l'État ne donne pas, par définition, la garantie d'une protection toujours juste aux intérêts des travailleurs. La preuve est la genèse et le rôle historique du mouvement syndical et, ce sont encore les exemples vivants. Ceux qui, par système, cultivent le parti pris en faveur de l'État (et de son rôle législatif souverain) par rapport à la société (et de leurs systèmes d'auto-régulation) n'ont pas des fortes raisons d'ordre théorique ni d'ordre pratique. D'ailleurs, et d'un point de vue démocratique, le "contrôle" de l'État est beaucoup plus difficile pour les travailleurs que le contrôle de leurs syndicats. Et historiquement, les travailleurs ont raison pour avoir plus de confiance dans leurs syndicats que dans l'État. À quoi bon, alors de préférer l'État aux syndicats?

Évidemment, cette évolution juridique soulève des exigences aux systèmes syndicaux. Mais ça est déjà un fait accompli. Aux syndicats de donner la réponse. Ils ont déjà beaucoup changé, historiquement; et l'histoire ne va pas s'arrêter là où nous sommes arrivés hier.

BIBLIOGRAPHIE

- Centre de Recherche de Droit du Social, *Le temps de travail*, Colloque de Lyon 1985.
- Centre de Recherche de Droit du Social, *Flexibilité du droit du travail: objectif ou réalité?* Paris, Éditions Législatives et Administratives, 1986.
- J.-C. JAVILLIER, *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales*, in Droit Social, 1986.
- A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN (dir.), *Droit du travail, crise économique et démocratie*, 1986.
- W. DÄUBLER et M. LE FRIANT, *Un récent exemple de flexibilisation législative: la loi allemande pour la promotion de l'emploi*, in Droit Social, 1986.
- N. CATALA, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1/1977.
- RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*, 9.e éd.
- G. LYON-CAEN, *La bataille truquée de la flexibilité*, Droit Social, 1985, p. 801.

- J. PELISSIER, *La relation de travail atypique*, in Droit Social, 1985.
- R. BOYER (dir.), *La flexibilité du travail en Europe*, La Découverte, 1986.
- F. LOUBEJAC, *Aménagement du temps de travail: un projet à contresens*, in Droit Social, 1986.
- G. BÉLIER, *Les dérogations au droit du travail dans de nombreux contrats d'entreprise: réflexions critiques sur certains projets*, in Droit Social, 1986.
- G. LYON-CAEN, *Droit syndical et mouvement syndical*, in Droit Social, 1984.
- ILO, *The reduction of working time*, 1984.
- БПТ, *La flexibilité du marché de l'emploi: un enjeu économique et social*, 1987.
- HELMUT FREY, *Flexible Arbeitszeit*, München, 1985.
- OCDE, *Rapport Dahrendorf*.
- CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES, *Crise, maintien de l'emploi et partage du travail*, Genève, 1984.
- F. FÜRSTENBERG, *Les réglementations de la durée du travail en République Fédérale d'Allemagne*, in Travail et Société, Mai, 1985.
- JEAN-PIERRE JALLADE, *La réduction et l'aménagement du temps de travail: leçons de l'expérience française*, in Travail et Société, Mai, 1985.
- J.-C. JAVILLIER, *La flexibilité du droit du travail*, in Manuel Droit du Travail, p. 66 et s., Paris, 1988.