

PRÉCARITÉ DE L'EMPLOI: QUELS ACTEURS POUR QUELLES NORMES? Quelques observations sur le droit du travail français.^(*)

JEAN-CLAUDE JAVILLIER

INTRODUCTION

1. Avant toute analyse, toute observation, qu'il soit permis de souligner l'importance — singulièrement pour un juriste français — de la modestie, de la relativité, de la tolérance du propos dans les lignes qui suivent. Au fil des rencontres dans les différents continents, la conviction est acquise qu'il est un risque terrible, celui de l'arrogance, de la certitude, de l'intolérance. Ainsi donc les quelques observations qui suivent ne sauraient prétendre rendre compte de toutes les questions qu'implique de traiter la précarité de l'emploi. Le sentiment étant que le juriste est trop souvent "enfermé" dans son propre système, dont le lien étroit avec sa culture d'origine est sans doute trop peu conscient. Le droit du travail n'existe point comme tel, ainsi que l'entendent les juristes français notamment, en bien des continents et pays. La norme juridique elle-même, son rôle dans la Société, varie trop pour qu'on puisse envisager de n'en donner qu'une seule version et vision. Le parti est donc pris dès l'abord, de s'ouvrir aux autres, de les convier à faire part de leurs doutes et convictions, de leurs expériences et évolutions.

(*) Rapport présenté lors du séminaire de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale, organisé, du 10 au 14 juillet 2000, par le Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité sociale de l'Université de Bordeaux, sur l'initiative de Monsieur Philippe Auvergnon, et avec la participation notamment de Monsieur Jean-Michel Servais, du Bureau International du Travail.

L'auteur a été heureux de pouvoir y rencontrer quelques amis brésiliens, spécialistes du droit du travail. Le présent article est dédié à toutes celles et ceux, avocats, juges du travail (dont bien sûr notre ami Jorge Souto Maior) et universitaires qui contribuent à une libre débat ainsi qu'à une promotion des relations du travail comme des relations professionnelles, dans l'esprit de l'Organisation Internationale du Travail.

Tel est l'esprit qui doit régner dès lors que nous sommes convaincus de l'importance de notre appartenance à une communauté qui nous tient tant à cœur, celle de l'Organisation Internationale du Travail. Puissent nos travaux tirer leur pertinence de cette appartenance, se laisser inspirer par les principes qui président à toutes activités de cette organisation. Puisse ce bien limité rapport rendre au moins compte de la profonde diversité des situations, de la faible pertinence des réponses assurées, de l'incroyable légèreté des enfermements disciplinaires.

2. Dès l'abord trois questions au moins sont posées par le thème si grave et si complexe qu'est celui de la précarité de l'emploi dans une perspective de droit du travail comme de relations professionnelles. Le concept de précarité traduit certaines problématiques, sans doute plus familières à certaines disciplines. Les juristes doivent s'interroger sur leurs approches, leurs réflexes, et sans doute aussi leurs responsabilités. Eternelle, fondamentale et si angoissante question: quelle peut bien être la véritable "part" du droit ? En attendant beaucoup de sincérité et d'ouverture de toutes et tous, praticiens comme académiques. Car enfin, que savons-nous toutes et tous, juristes, de ce qu'est vraiment, dans la vie, dans la réalité, la norme juridique qu'une professeure ou un professeur de droit nous a présenté dans son manuel ou dans son article? Et parfois aussi, que sait l'honorable représentant d'un ministère du travail sur la réalité des pratiques des entreprises, qui ne sont pas toutes, et loin de là, les grandes entreprises industrielles? Dès l'abord, il est essentiel de souligner les limites de nos connaissances, ou plutôt, la nécessité d'une quête rigoureuse des pratiques. Il est bon de ne point confondre impressions et réalités, commentaires et analyses. Et que dire de cette terrible confusion qu'on pressent parfois entre mode et modernité.

3. Enfin, pour ces quelques réflexions introductives, il n'est pas sans importance de se préoccuper de ces acteurs des relations professionnelles dont le rôle est bien évidemment déterminant tant pour l'élaboration que pour la mise en œuvre des normes juridiques. On l'aura compris, c'est à la pluridisciplinarité, à la synergie entre disciplines et problématiques que le rapporteur se prend à rêver. Pour permettre de trouver ensemble quelques pistes pour des solutions équilibrées et durables. Car il n'est de développement véritable, humainement acceptable, qu'équilibré et durable. Ce dont les démocraties dépendent en tous continents et pays.

Quelles problématiques ? La "part" de l'économie et de la gestion.

4. Le choix des mots, la définition des concepts est bien évidemment d'une extrême importance scientifique, pour toutes et tous. Economistes, ethnologues, gestionnaires, juristes, psychologues comme sociologues. Et pourtant, au fil des ans, il peut être observé combien les mots utilisés changent, et peut-être aussi ce qui n'est pas sans inquiéter les pédagogues, combien ils peuvent être utilisés en des sens bien différents.

Les écarts de langage sont toujours à mesurer, pour qui souhaite contribuer au développements des nécessaires échanges entre disciplines. L'impression est que des correspondances existent entre les mots utilisés,

qui ne sont pas toujours suffisamment perçues. Du côté de certains économistes, c'est de flexibilité, de marché du travail qu'on parlera volontiers. Du côté de certains juristes du travail, c'est sans doute de précarité qu'il sera question.

Ainsi donc, il pourrait exister une sorte de correspondance des langages. Le constat n'est certes pas faux. Cependant, il convient de se méfier de cette sorte de division des mondes (l'économique contre le social), de radicalisation idéologiques (la flexibilité contre la protection). Car, au fil des réformes du droit du travail en France comme en bien d'autres pays, la volonté est bien de concilier autant que faire se peut (et il se peut sans doute toujours plus) adaptations de l'entreprise et protection des salariés: de promouvoir la mobilité de ces derniers sans pour autant développer la précarité.

5. Pour saisir toute l'importance, tous les méfaits de la précarité, c'est sans doute à la psychologie, à la psychiatrie et aussi à la sociologie qu'il convient de faire appel. Bien évidemment, un tel appel ne pourra ici être entendu, faute de participation à nos travaux de ces amis. On se contentera simplement d'observer cette difficulté — ce drame — de la condition humaine. D'une part, une sorte de sentiment d'appartenance à l'éternité, une sorte d'aspiration à la stabilité et la continuité des êtres et des institutions. D'autre part, un monde en permanente et profonde mutation, qui développe toujours de nouvelles zones d'insécurité, des remises en cause parfois des plus brutales. D'un côté, l'aspiration à l'appartenance à une communauté stable. De l'autre, la terrible condition individuelle, dont l'un des traits fondamentaux est sans doute l'incommunication, plus ou moins grande et grave, entre les êtres. Précarité de la vie, des institutions, des entreprises, des cultures et des Sociétés humaines. L'entreprise non plus que le travailleur sont toujours au cœur d'une sorte de cyclone d'où résulte souvent le conflit, les séparations, la mort.

Ainsi donc, la précarité est l'un de ces maux, l'une de ses pestes des temps modernes. Peste sociale, car en effet, elle peut conduire le salarié à l'exclusion, à la pauvreté, à la solitude, à la marginalité. La précarité est négation de la dignité de la personne humaine.

Passé ce terrible constat, il reste à déterminer comment lutter efficacement contre la précarité de l'emploi, source de bien d'autres précarités, aux origines d'enchaînement sociaux implacables. Bien évidemment, il n'est aucune discipline juridique qui ne soit exclue d'un tel combat.

Quelles normes ? La "part" du droit.

6. Toutes les disciplines juridiques sont concernées. Ainsi en est-il en tout premier lieu du droit de la sécurité et de la protection sociale. Sont ainsi essentiels, le revenu minimum d'insertion (RMI) et encore le couverture maladie universelle (CMU). Instruments essentiels d'une politique active de lutte pour l'inclusion sociale. La précarité est en effet souvent mère de l'exclusion des protections sociales.

Pourtant, dans les quelques lignes qui suivent, il ne sera parlé que du seul droit du travail. Etant dès l'abord observé que tous les domaines de ce droit sont concernés par la précarité. Car cette dernière est certes affaire de relations individuelles de travail, mais aussi de relations collectives. L'impact des situations juridiques précaires est en effet considérable sur la collectivité de travail. Qu'il suffise d'évoquer l'impact des emplois précaires sur les effectifs de l'entreprise, ou encore sur l'élaboration des revendications et actions des salariés. C'est sans doute ce qui conduit les syndicats à penser que le développement de formes d'emploi atypiques ou précaires n'est pas pratique innocente des employeurs, pour ne pas dire stratégie de combat patronale contre l'action collective et les protections conquises par les travailleurs et leur représentants.

7. Le droit du travail se trouve sans doute en certains pays, telle la France, en situation de forte turbulence. Soumis à des contraintes et à des interrogations sans doute amplifiées par une instrumentalisation généralisée des normes juridiques, peu important leur objet et leur origine. En effet, force est de constater qu'en de fort nombreux pays, les rédacteurs — mais aussi les concepteurs — des réformes, des textes (des réglementations souvent fort détaillées et contingentes, dont la qualité de la rédaction laisse fort à désirer), ne sont plus guère des juristes, mais bien plutôt des économistes, du moins au niveau de la décision, de la détermination de la problématique d'ensemble des dispositifs et de leur articulation avec ceux déjà existant. L'impression est que le ministère chargé du travail pèse parfois bien peu face à un ministère chargé de l'économie et des finances.

8. L'analyse du comportement de l'Etat n'est pas importante au regard des questions de précarité. Car, en France, la stabilité de l'emploi est consubstantielle de situation de fonctionnaire. Véritable pierre angulaire du droit de la fonction publique. Le fonctionnaire ne participe nullement de la précarité. Des règles de procédure comme de fond garantissent l'effectivité d'un statut, par une participation syndicale forte (au sein de comités paritaires). La force du statut (de la fonction publique) s'oppose au contrat (de travail de droit privé), et sa fragilité juridique. Deux univers juridiques et sociaux. Et sans doute un syndicalisme qui, par ses militants, a été profondément marqué par cette problématique statutaire, toute nourrie de droit public. En contrepartie de cette stabilité, c'est sans doute l'unitarisme des normes qu'il faut reconnaître. Le droit de la négociation collective n'a pas droit de cité (pas de conclusion de conventions collectives de travail).

Pourtant, une telle vision est par trop simpliste. Pour de nombreuses raisons, dont les suivantes.

7. Quant à la mise en œuvre des normes, singulièrement au niveau des entreprises, ce sont des gestionnaires, parfois bien peu sensibles (en vérité insensibles car fort peu avertis des questions juridiques, un manque de sensibilité de et culture juridique, de graves lacunes de formation) aux grandeurs et servitudes du droit. Nos chers décideurs (certains de nos amis énarques ?) entendent sans doute recourir à l'instrument juridique dans une perspective stratégique de (très) court terme. En bref, à tous niveaux, de

l'Etat à l'entreprise, la croyance au droit, l'attachement à un état de droit, n'est pas chose si fréquente qu'il y paraît. Au mieux, les normes juridiques sont instruments de gestion. Au pire, elles sont rigidités et obstacle au changement du jour, et les balayer au nom de la modernité et de l'efficacité est un secret rêve qui peut devenir réalité.

8. Le souci de l'analyse du seul droit du travail ne saurait en outre suffire. Pour les questions qui retiennent présentement notre attention, il convient en effet de porter un regard attentif sur d'autres branches du « droit social ». Ainsi en est-il tout particulièrement du droit de la sécurité sociale et plus généralement de la protection sociale, et encore du droit de l'aide sociale. En effet, la précarité ne saurait s'entendre seulement, n'était principalement, au regard de l'emploi et des conditions de travail et de rémunération, mais aussi, et parfois surtout, au regard de la protection sociale. C'est en effet de l'absence de cette dernière (en matière notamment de risque maladie, accidents du travail, maternité, vieillesse), que la précarité prospère et menace le plus gravement l'individu. Le lien entre droit de l'emploi et du travail, d'une part, et, d'autre part, droit de la protection et de l'aide sociales, doit être sans cesse renforcé. Ce qui permet de souligner l'importance d'une lutte juridique contre de nombreuses formes parfois fort voilées de discrimination entre travailleurs.

La faiblesse, voir l'absence de protection sociale, met en évidence les ultimes et plus graves formes de discriminations dont certains travailleurs précaires peuvent être victimes. La « part » du droit ne saurait donc en la matière être réduite au seul droit du travail. Le présent rapport se cantonnera cependant aux seuls aspects de droit du travail.

Quels acteurs ? La "part" des relations professionnelles.

9. S'il est une observation sur laquelle l'ensemble d'un séminaire international, avec la participation d'amis du Bureau International du Travail, peuvent être parfaitement d'accord, c'est bien celui de l'importance déterminante des relations professionnelles. Certes, nous sommes bien en présence de deux Associations internationales, l'une de droit du travail et l'autre de relations professionnelles. Mais une telle division ne saurait autoriser le juriste à ne point prendre en compte les fondamentales données du système de relations professionnelles pour analyser le droit du travail.

Les questions relatives à la précarité de l'emploi sont en effet de celles qui intéressent au plus haut point les spécialistes de relations professionnelles, dont bien évidemment les juristes du travail. Et c'est sans doute dans cette perspective que plus naturellement sans doute des disciplines différentes — habituellement bien éloignées les unes des autres, pour ne pas dire hostiles les unes à l'égard des autres, et pas seulement d'un point de vue académique — se rejoignent et participent d'une synergie dont l'impact tant dans la compréhension que du traitement de certaines questions est fondamental.

10. Il est aussi fondamental de prendre en considération la profonde diversité des systèmes de relations professionnelles que de celle des systèmes juridiques. En ayant sans doute à l'esprit les liens fort complexes

qui existent entre ces système juridique et système de relations professionnelles. Car, ce sont, à n'en pas douter, des cultures (comme il est difficile de définir ce terme à la fois si déterminant et relatif) qui donnent leur véritable relief à de tels systèmes et fabriquent ces "faux amis" du langage technique comme général qui nous donnent faussement le sentiment de nous comprendre.

De la précarité, comme du travail, on peut traiter bien différemment. Chaque système de relations professionnelles ayant ses méthodes, ses institutions, on ne s'étonnera pas de la diversité des réponses données au défi de la précarité. De la stabilité comme de la précarité, de la protection comme de la flexibilité, les analyses et stratégies varieront fort tant du côté de l'Etat que des employeurs et des syndicats.

11. Cependant, des particularismes il y a tout le lieu de se méfier, du moins pour certaines questions fondamentales et permanentes. Car il est des défis communs pour les employeurs, comme les syndicats, pour les gouvernements comme pour les institutions internationales. La précarité pose nécessairement de graves questions dans les différents systèmes de relations professionnelles.

Parmi les essentielles questions qui sont posées, figure bien sûr celle de la fonction que peut remplir la négociation collective, de façon autonome ou en lien avec une législation (nationale ou régionale). Et si la négociation collective joue un rôle déterminant, quels sont donc les acteurs qui sont en charge de représenter celles et ceux qui se trouvent précisément dans une situation de précarité ? Les syndicats, bien évidemment, sont les naturels représentants. Mais peut-il en exister d'autres, associations et groupements dont certains prétendent sans doute que les syndicats "classiques" n'ont pas la représentativité ni la légitimité nécessaires en pareille matière. Des représentations des travailleurs du secteur informel, comme des associations de chômeurs en de nombreux pays se sont manifestées et ont eu un écho médiatique assez considérable. Et quelle doit être la politique des pouvoirs publics en présence de telles revendications, au risque de remettre en cause les principes classiques de la représentativité ou encore les instruments consacrés de la négociation collective ?

12. Ainsi qu'on le soulignera plus avant, il n'est pas simple pour les organisations professionnelles de déterminer non plus que d'assumer un certain nombre de positions et stratégies au regard de la précarité de l'emploi. En nombre de pays, au fil des dernières années, bien des hésitations se sont manifestées, révélatrices des naturelles contradictions qu'entraîne la volonté de lutter contre la précarité de façon réaliste et pragmatique. Les gouvernements comme les syndicats connaissent ces difficultés. Mais les employeurs aussi. Car, ainsi qu'on l'observera, la flexibilité tant souhaitée, qui rime si fortement parfois avec précarité, ne va pas de paire avec participation et intégration des salariés, tellement sollicitées dans l'entreprise intelligente et compétitive.

Pour convier chacune et chacun à un large et libre débat sur la précarité de l'emploi, deux chemins peuvent être empruntés. En premier lieu, il convient d'analyser les méthodes utilisées pour lutter contre la précarité de

l'emploi. Intervention de l'Etat et/ou dialogue social en (I) ? La situation française, qui ne diffère pas en cela de nombre d'autres pays, n'est pas simple, même si la tradition reste bien celle d'une forte intervention étatique en matière de réglementation des conditions d'emploi et de travail. En second lieu, il nous faut analyser de façon critique quelques dispositifs juridiques, comme à titre d'échantillons, qui tendent à limiter la précarité de l'emploi (II). Sont-ils effectifs ? Sont-ils efficaces ? On devine qu'à pareille question, la réponse d'un universitaire ne peut qu'être relative, prudente, même si quelques orientations générales peuvent être proposées.

Les analyses plus avant présentées empruntent donc pour l'essentiel au droit du travail français. Les participants au séminaire international organisé par COMPTRASEC sont en droit d'obtenir quelques éléments du droit positif. Cependant, ces quelques illustrations françaises ne sont présentées que dans le souci d'introduire à un débat plus large. Pour tout dire, le rapporteur ne souhaite pas prendre des positions partisans, inscrites dans un débat "franco-français". Il entend plutôt, et toujours de façon modeste, convier chacune et chacun à une réflexion critique et comparative.

I — PRECARITE DE L'EMPLOI, INTERVENTION DE L'ETAT ET DIALOGUE SOCIAL

13. La lutte contre la précarité de l'emploi constitue l'une des pierres angulaires de toute action syndicale. En France, comme ailleurs bien évidemment, les problèmes de l'emploi n'ont cessé d'être sur la table de toutes les négociations à quelque niveau que ce soit, et quels qu'en soient les acteurs. Mais c'est sans doute l'une des caractéristiques de chaque pays, que de traiter de façon différente des mêmes questions. Et l'intervention de l'Etat constitue sans doute l'une des caractéristiques et du droit du travail et du système français de relations professionnelles. La précarité fait l'objet d'une lutte étatique, par réglementations parfois très détaillées et contraignantes. Etant bien sûr observé qu'entre la norme gravée dans un code (du travail) et la pratique (dans les entreprises, singulièrement les très petites) l'écart peut être important, voir considérable. L'effectivité du droit est l'un des plus lancinantes et complexes questions à laquelle est confronté tout juriste, notamment du travail.

A) *Interventionnisme étatique.*

14. Bien d'autres facteurs doivent venir évidemment être pris en compte pour qui veut comprendre le traitement des questions de la précarité par les partenaires sociaux et l'Etat. Ainsi en est-il sans doute de l'importance de l'intervention de l'Etat, et ce d'un double point de vue.

D'une part, la législation du travail, fort développée en France résulte d'une réglementation des conditions d'emploi et de travail figurant dans un Code du travail dont l'importance, n'était l'effectivité en tous points, vaut toujours d'être rappelée. Les partis politiques, quant à eux, ne sont pas

sans développer des problématiques en lien avec leur sensibilité, et de contribuer à des réformes lorsque le moment est venu d'exercer un pouvoir (désormais partagé avec d'autres partis dans une majorité parlementaire).

D'autre part, L'Etat est aussi un employeur, longtemps d'une grande importance, singulièrement sur le terrain économique par l'intermédiaire des entreprises publiques et nationalisées. Une importante fonction publique existe aussi, dont le statut s'applique à une population active encore importante. Ainsi qu'on le soulignera plus avant, stabilité rime avec statut, et flexibilité avec contrat. Ce qui conduit à penser qu'un dualisme n'est pas sans conséquence au regard e la précarité. En effet, dans l'administration publique, un nombre important d' "exclus" des statuts a posé le problème de la précarité au sein même du droit public (du travail). Car, au fil des ans, jusqu'à une récente période, une sorte de loi sévissait, qui conduisait à la multiplication des expressions : les contractuels, les stagiaires, les auxiliaires. Toutes et tous, exclus du droit de la fonction publique. Bien évidemment, les raisons de tels recrutements peuvent être comprises (et notamment pour certaines fonctions, les difficultés de recrutement à un certain niveau en raison d'une rémunération trop faible en application du statut). Cependant, le résultat en a toujours été cruel : pas de protection comparable à celle des fonctionnaires. Encore convient-il de relever l'importance de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui, au fil des arrêts, a déclaré applicable à ces agents publics contractuels, des principes généraux du droit, et singulièrement du droit du travail (en matière de maternité, de non-discrimination, de licenciement, de contrat de travail de droit commun à durée indéterminée). Mais une telle construction repose sur la reconnaissance des principes à l'occasion d'un litige. Le Conseil d'Etat n'a pas franchi le pas, qui eut permis de considérer qu'à ces personnels contractuels, il est fait application du Code du travail, de façon subsidiaire (dès lors qu'il est compatible avec les exigences de la fonction). En outre, des difficultés de procédure non négligeables sont parfois rencontrées par ces personnes sous contrat de travail et non sous statut de la fonction publique. Quel est donc le juge qui peut connaître des litiges du travail y relatifs ? Sont-ce ceux de l'ordre judiciaire (le conseil de prud'hommes en première instance) ? Ou bien ceux de l'ordre administratif (le tribunal administratif en première instance) ? A la précarité, s'ajoute ici la complexité d'un droit divisé en droit public et droit privé, distinction qui, d'une certaine façon, mériterait sans réexamen notamment sur le plan des contentieux.

15. Pour lutter contre la précarité de l'emploi, bien des *techniques juridiques* peuvent être utilisées. Tant du droit du travail que du droit civil, et singulièrement du droit des obligations (sans doute de plus en plus appliqué dans les relations de travail pour protéger le salarié). Qu'il soit permis de retenir une conception étroite de la précarité de l'emploi, en excluant la précarité qui peut exister dans le déroulement même de la relation de travail, lors de l'exécution du contrat de travail. Ne sera donc pas analysé, le droit du licenciement, c'est dire l'exigence de conditions de forme et de fond pour l'exercice du pouvoir par l'employeur de rompre unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée.

Il s'agit ici d'envisager comment le juriste peut contribuer à lutter contre la précarité résultant de la forme du contrat de travail ou encore des conditions particulières d'exécution de ce dernier. De ce dernier point de vue, l'importance du travail à temps partiel doit être relevé. Les efforts du législateur (français comme international) au cours des récentes années, comme des négociations au plan national comme européen, ont d'ailleurs tendu vers une promotion du travail à temps partiel volontaire. En effet, l'un des objectifs du droit du travail est bien de concilier de la meilleure façon possible la vie professionnelle et la vie personnelle (et singulièrement familiale). Pour ce faire, le travail à temps partiel vaut d'être promu. Mais pareille promotion vise bien évidemment un tel travail lorsqu'il est recherché, voulu par le salarié. A l'opposé d'une telle situation, se trouve celle du travail à temps partiel subi par le salarié. En pareille situation, il convient bien de parler de précarité du salarié. Car, en pratique, ce dernier souhaite travailler à plein temps, avec une rémunération supérieure (puisque liée au temps, même s'il est mensualisé). A ce partage des univers, entre subi et voulu, on attachera la plus grande importance pour notre analyse des critères de la précarité dans l'emploi. Etant observé qu'une même technique juridique peut fort bien correspondre à l'une ou l'autre des situations. Et c'est sans doute l'une des difficultés du droit (du travail) que de concevoir des normes abstraites, appelés à être mise en œuvre dans des contextes économiques, comme psychologiques et sociaux fort différents. Mais, retenons dès à présent, que la précarité (du salarié) naquit du subi (par la personne).

Le travail à temps partiel subi conduit le salarié à connaître des difficultés économiques ou encore à bénéficier d'une situation sociale inférieure à celle des autres salariés (à temps plein). De ce point de vue, le principe de non-discrimination est évidemment fondamental, qui permet de rejeter tout traitement différent objectivement injustifié du salarié sur le fondement d'un horaire réduit. Le travail à temps partiel peut recouvrir des pratiques de discriminations (singulièrement à l'égard des femmes) que les juges, et singulièrement ceux de la Cour de Justice des Communautés Européennes, ont fort pertinemment condamnées et dont ils ont facilité la preuve par des jurisprudences innovantes (et pour une immense part d'inspiration anglo-saxonne).

16. La précarité peut aussi résulter d'une précarité du lien contractuel lui-même. Rupture par suite d'un changement d'employeur. Et encore, rupture sans mise en œuvre des procédures et justifications du licenciement applicables au seul contrat de droit commun, celui à durée indéterminée. De ce point de vue, l'intégration du salarié dans l'entreprise implique (fort souvent) le passage par une succession de situations de situations juridiques précaires : stages, période d'essai, contrat de travail à durée déterminée. Bien évidemment, les salariés les moins qualifiés, les plus fragiles sont sans doutes appelés à connaître ce passage de précarités en précarités, toujours travaillant dans le cadre de modalités d'emploi autres que le contrat de travail à durée indéterminée.

Au fil des dernières années, les jeunes ont ainsi été placés dans une situation de précarités successives. Une sorte d'essai interminable. A tel

point que l'entrée sur le marché du travail, même pour des jeunes qualifiés, résulte d'une sorte d'empilement d'expériences précaires. L'intervention du législateur est bien évidemment de ce point de vue, toutes sensibilités politiques confondues, des plus délicates. Car, ici encore, une technique juridique (le stage notamment) peut être des plus utiles pour donner une expérience de travail aux jeunes, et faciliter leur insertion dans le monde et le marché (l'expression est à méditer) du travail. Mais elle peut aussi, utilisée sans scrupules et de façon frauduleuse, contribuer à un fort développement de la précarité. Du stage, il est à l'évidence, bien des conceptions, de la plus sérieuse et socialement responsable (avec un tutorat, notamment), à la plus douteuse et socialement irresponsable (sans formation, avec exploitation radicale de la force de travail).

17. C'est sans doute au nom d'un certain réalisme de gestion (au regard de la situation dans les petites entreprises), que le législateur s'est préoccupé de nouvelles modalités d'emploi, visant à dépasser le cadre juridique classique, celui de la relation entre un salarié et son employeur pour un emploi typique (à temps plein, sous contrat de travail à durée indéterminée). Une telle préoccupation est apparue particulièrement légitime en présence de personnes ayant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, parce qu'en situation d'exclusion sociale. Tout faire pour favoriser l'insertion de ces personnes (bénéficiaires du Revenu Minimum d'Insertion, RMI, chômeurs âgés) ! Voilà qui est aux origines d'innovations normatives. Ainsi ont été instituées les associations intermédiaires (par une loi n° 95-116 du 4 février 1995). Il s'agit de mettre à disposition des salariés, qui sont liés à l'association par un contrat de travail (à durée déterminée ou indéterminée, art. D. 121-2, C.T.). De même en est-il pour les associations de services aux personnes (garde d'enfants, de personnes âgées ou handicapées. De ce point de vue, pour faciliter l'emploi de ces personnes, a été institué le chèque-service (art. L. 129-1 et s., C.T.), qui exonère l'emploi de certaines obligations (pas de contrat de travail écrit pour un travail de moins de 8 heures par semaine, ou ne dépassant pas 4 semaines consécutives dans l'année, art. L. 129-2, al. 4).

De même doit-on faire mention des groupements d'employeurs institués par une loi n° 82-772 du 25 juillet 1985 (art. L. 127-1 et s.). A dire vrai, ce dispositif, conçu de façon fort complexe, permet à des groupements de mettre à la disposition de leurs membres des salariés liés par un contrat de travail (L. 127-1, al. 1). Ces opérations sont opérées sans but lucratif.

18. Les innovations précitées, pour louables qu'elles soient en raison de leurs finalités, n'en doivent pas moins être soumises à analyse critique. C'est ainsi que se pose le problème de l'égalité de traitement et de la concurrence entre entreprises (notamment celles de travail temporaire). En outre, la volonté de faciliter l'embauche peut conduire à développer de nouvelles formes de précarité, ou à tout le moins à faire disparaître presque totalement la relation de travail entre celle ou celui qui bénéficie d'un service et celle ou celui qui l'effectue.

Mais il n'en reste pas moins qu'une orientation fondamentale mérite d'être approfondie et poursuivie. En effet, il s'agit de promouvoir une

mutualisation des relations de travail, ou du moins, des dispositions de protection sociale des salariés. Une solidarité juridique est établie entre employeurs successifs, qui permet de combattre pour partie les méfaits d'une précarité juridique de la relation de travail. Une telle prise en charge par un groupe d'employeurs ou une profession permet aussi de faire bénéficier les salariés d'avantages que des employeurs isolés (petits ou très petits) ne pourraient prendre en charge (notamment en matière de formation).

19. En de nombreux pays, les questions de l'emploi et singulièrement de la précarité, ont donné lieu à mise en œuvre d'un tripartisme. Etat, patronat et syndical(s), se sont concertés, en des institutions permanentes ou lors de rencontres épisodiques ou conjoncturelles, pour déterminer les moyens les plus pertinents de lutte contre la précarité des salariés.

Tel n'a pas été le cas en France. De façon plus générale, il convient d'observer que ce pays ne connaît pas une pratique développée et permanente du tripartisme. Certes l'Etat joue un rôle non négligeable. Mais il ne s'agit pas de se concerter avec les partenaires sociaux pour adopter avec eux, au terme de négociations uniques, des mesures. Une telle situation est bien évidemment en correspondance avec les traits fondamentaux du système français de relations professionnelles. L'Etat possède une longue tradition d'intervention (unilatérale, pour ne point dire autoritaire) en matière de relations de travail. La législation étatique est d'une importance quantitative et pratique considérable. Tout ou presque figure dans le Code du travail. C'est le Pouvoir exécutif (Président de la République, Gouvernement, sans ou plutôt avec cohabitation en ces récentes années de V^{ème} République), qui demande au Parlement de bien vouloir adopter (ce qui ne pose généralement guère de problème, même si quelques amendements d'Honorables parlementaires de la Majorité du moment sont parfois redoutables) une réforme.

Certes, il est nombre de loi "négociées" (encore que la terminologie est bien excessive en de nombreuses situations), entendez de lois précédées d'un processus de concertation avec les partenaires sociaux. Ces derniers ayant parfois sans doute l'impression que le Pouvoir politique s'empare d'une question qu'ils auraient souhaité pouvoir maîtriser jusqu'à son terme. Le débat sur l'autonomie normative des partenaires sociaux est loin d'être à son terme, tant en France qu'au niveau de l'Union Européenne (depuis les traités de Maastricht et d'Amsterdam).

20. En matière de lutte contre la précarité de l'emploi, les réformes ont été nombreuses, et illustrent d'une certaine façon les hésitations du Pouvoir politique en fonction notamment des conjonctures économiques. Qu'il suffise d'illustrer le propos par l'évolution qu'a connu la législation relative aux contrats de travail à durée déterminée, ainsi que du travail temporaire.

La terminologie a fort varié, non sans lien avec la majorité politique et ses conceptions de la politique de l'emploi et du travail: travail atypique, différencié (en 1986), précaire (en 1990). Mais la volonté de normaliser, contenir ou réduire ce travail précaire a, elle aussi, fort varié, et parfois

sous l'empire d'une même majorité politique. Bien évidemment, la conjoncture économique, l'évolution du chômage ne peuvent manquer d'influer sur les choix normatifs de tout gouvernement. Cependant, l'impression du professeur de droit — et sans doute plus encore du praticien — est que la succession de textes rédigés parfois de façon bien rapide et imprécise, ou encore d'une précision redoutable compte-tenu d'autres textes non modifiés à l'occasion de la réforme et sources d'antinomies diverses, n'est pas sans conséquence sur l'effectivité des normes. Ce qui est sans doute l'occasion de réfléchir à l'impact véritable du droit du travail dans la vie quotidienne des salariés comme des entreprises. Le législateur veut-il faire œuvre pédagogique, indiquer quelles sont les « bonnes » pratiques en matière d'emploi, ou entend-t-il que les normes soient précisément appliquées ? L'extrême précision de certains textes, ainsi qu'on le verra plus avant, n'est pas nécessairement un gage d'effectivité du droit, non plus d'ailleurs que d'une efficacité de la mesure législative.

21. Après avoir été tout d'abord normalisé⁽¹⁾, le travail précaire a été successivement limité⁽²⁾, puis assoupli⁽³⁾. A partir de 1988⁽⁴⁾, c'est un durcissement de la lutte gouvernementale (et plus encore parlementaire)⁽⁵⁾, contre le travail précaire, à la suite d'un rapport déposé au Parlement. Un projet de loi (n. 1332), favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, est déposé en octobre 1989.

Mais ici survient une proposition patronale, qui n'a pas été sans conséquence sur l'évolution du droit de l'emploi. Le patronat exprime en effet à ce moment sa volonté de négocier de la chose. Il en résulte un accord national interprofessionnel signé le 24 mars 1990 (du côté syndical, la CGT s'y refuse, et la CGT-FO hésite longuement), qui assouplit le projet de loi précité avec des contreparties en faveur des salariés (not., contrôle accru des représentants du personnel, art. 8 — prévention des risques professionnels, art. 16 et s. —, accès et financement de la formation professionnelle, art. 23 et s.), le tout subordonné à une clause " d'autodestruction " en cas de modification législative (art. 47).

La loi adoptée par le Parlement respecte-t-elle l'équilibre contractuel précité ? En toute hypothèse, le ministre du Travail (et la majorité présidentielle à l'Assemblée nationale) n'ont guère apprécié que la loi puisse être soumise à la négociation collective, stigmatisant la clause d'" autodestruction " précitée. Le projet de loi (AN, n. 1077) est bel et bien déposé avec lettre rectificative (AN, n. 1332) en mai 1990.

En 1998 et 1999, la ministre du travail manifeste de nouveau la volonté de limiter le recours au travail atypique. L'idée est lancée d'une taxation du recours à ces contrats. Mais la volonté politique se heurte parfois à bien des critiques et difficultés techniques.

(1) Le CDD, par une loi n. 72-11 du 3 janvier 1972 ; le CTT, par une loi n. 79-11 du 3 janvier 1979.

(2) Ord. n. 82-130 du 5 février 1982.

(3) Cf. not. n. 85-772 du 25 juillet 1985 ; L. no 86-76 du 17 janvier 1986 ; Ord. no 86-948 du 11 août 1986 ; JO, 12 août.

(4) Cf. C. DRT n. 21/88 du 26 novembre 1988 ; LS, 1988, Lég. soc. n. 6174, qui interprète très restrictivement le code.

(5) Cf. la proposition de loi du groupe socialiste, doc. AN, 1^{re} session ord. 1989-1990, n. 960.

De cette évolution législative, il résulte un droit à la fois développé et clair en ses problématique, même s'il est permis de s'interroger sur sa pertinence au regard de l'effectivité et de l'efficacité. Le droit positif résulte de la loi n. 90-613 du 12 juillet 1990 (JO, 14)⁽⁶⁾, modifiée par l'ordonnance n. 82-130 du 5 février 1982, ainsi que la loi n. 90-613 du 12 juillet 1990 (JO, 14).

A cette législation, il conviendra d'ajouter celles relatives aux contrats destinés aux jeunes. Aux fins de favoriser l'embauche de ces derniers, des nouveaux contrats de travail ont été de longue date offerts aux employeurs, singulièrement depuis l'autonomie 1997⁽⁷⁾. Et, à ce point, une importante observation juridique doit être faite. Au fil des réformes, le régime juridique des CT précaires (CDD, singulièrement) a tendance à se rapprocher de celui du CT de droit commun (le CDI) par emprunts techniques (singulièrement en ce qui concerne la rupture du CDD). Pourrait-il s'agir là d'un rapprochement durable entre contrats de travail (précaires et de droit commun) ? D'une sorte d'interaction entre CDD et CDI, ou plutôt d'une attraction du CDD par le CDI ?

Un tel rappel de l'histoire législative, permet de mesurer l'importance de l'intervention du pouvoir politique en matière de relations de travail, d'une part, et aussi, d'autre part, la difficulté pour ne pas dire l'impossibilité (en France) d'une négociation de telles questions. En outre, c'est aussi l'occasion de souligner combien le tripartisme ne semble guère acculturé dans les relations professionnelles françaises. L'Etat ne prend guère l'initiative de réunir les partenaires sociaux aux fins de parvenir à la détermination d'orientations communes possibles ou encore de propositions techniques acceptées par ces partenaires⁽⁸⁾. Du côté des organisations patronales, il apparaît que la volonté de négocier n'est pas sans lien avec la crainte d'une intervention législative non conforme aux aspirations des entreprises. Quant aux syndicats de salariés, ils ne parlent pas tous et toujours les mêmes analyses et n'ont pas sur toutes questions, peu s'en faut, des stratégies communes. Etant ajouté que certaines de ces organisations ont, pendant longtemps et sans doute moins désormais, privilégié l'intervention du législateur aux fins de limiter le recours au travail précaire. A n'en pas douter, les espérances politiques (placées dans les partis de gauche) ont sans doute grandement pesé dans ce choix en faveur de l'hétéronomie plutôt que de l'autonomie.

(6) Pour un bilan d'application de la loi, cf. le rapport au parlement du Ministère du Travail, " Évolution récente du travail précaire. 1990-1991 ", 1992.

(7) Cf., supra, n. 151.

(8) Bien évidemment, les Pouvoirs publics se livrent à une concertation sociale à l'occasion de la plupart des réformes en matière de droit du travail comme de protection sociale. Cependant, la concertation prend parfois l'allure d'une convocation par le ou la ministre (à propos de la réduction du temps de travail), dont les conclusions sont quelque peu unilatérale, et source de crise dans telle ou telle organisation (patronale).

B) Développement du dialogue social.

22. En matière d'emploi, il est évident que l'histoire sociale comme du système de relations professionnelles est déterminant. Qu'il suffise d'évoquer l'importance des choix effectués au XIX^{ème} siècle par le mouvement syndical, entre syndicalisme de métier et syndicalisme d'industrie. Il en résulte des analyses et des stratégies différentes, singulièrement au regard de la question de l'emploi dans l'entreprise.

Le syndicalisme de métier, naturellement centré sur l'action dans entreprise et les lieux de travail, s'efforce sans doute de contrôler l'accès à l'emploi et, partant, se préoccupe fortement de la formation au métier. Le syndicalisme d'industrie traduit, quant à lui, une volonté d'action au niveau de la Société tout entière, et partant, plus sensible aux données macro-économiques et politiques de l'emploi et soucieux de faire pression sur les choix économiques comme politiques qui ne manquent pas d'avoir de fortes incidences sur l'emploi des salariés. Est-il besoin de rappeler qu'en un pays comme la France, le syndicalisme d'industrie a fortement marqué de son empreinte les relations professionnelles, et plus généralement les problématiques en matière d'emploi.

L'une et l'autre de ces modalités d'organisation du syndicalisme ont des conséquences, tantôt positives, tantôt négatives sur la capacité de traiter avec efficacité des questions relatives à la précarité. Des négociations au niveau de l'entreprise sont susceptibles en effet de concrètement réduire voir éliminer les formes d'emploi précaire. Mais des négociations au niveau de la branche, ou encore du pays, sont sans doute les plus aptes à traiter des conséquences de la précarité et des moyens à mettre en œuvre pour conduire à une mobilité du salarié avec une certaine stabilité de sa protection sociale. La mutualisation dont il a été plus haut parlé, implique bien évidemment, le dépassement de la seule entreprise comme niveau pertinent de la relation de travail (individuelle comme collective).

Il convient d'ailleurs en cet endroit de souligner combien les simplifications des analyses en matière de droit du travail comme de relations professionnelles sont dangereuses. Il convient de ne point suivre celles et ceux qui annoncent — ces prophètes bien imprudents et parfois peu sérieux — la fin (du travail salarié), l'avènement d'un système de négociation totalement décentralisé. L'expérience est, en Europe comme sans doute en d'autres continents, que des mouvements se succèdent, des complémentarités se développent, des synergies naissent entre techniques juridiques et instruments des relations professionnelles.

23. Du bipartisme au niveau interprofessionnel et national français, on dira peu de choses. Sans doute convient-il de relever qu'une telle absence de négociation n'est guère étonnante compte-tenu de la problématique sociale qui a entouré de telles questions. Mais ce n'est point du seul travail précaire dont il s'agit, c'est plus généralement de la flexibilité. Redoutable concept que ce dernier en terre sociale française. En effet, la flexibilité est sans doute concept patronal, armé patronale, menaçant les protections dont bénéficient les salariés, ou plutôt qu'ils ont conquis pour reprendre le langage syndical.

Cependant, il est important de relever le développement de la négociation collective dans un secteur professionnel, celui du travail temporaire. Ainsi peut-on constater que des efforts considérables ont été faits par les partenaires sociaux aux fins de lutter contre les inconvénients résultant pour les salariés employés par des entreprises de travail temporaire. Qu'il s'agisse de droits individuels ou collectifs (et singulièrement du droit syndical) des solutions ont ainsi pu être recherchées et trouvées (du moins en partie) pour que la précarité du lien contractuel ne soit pas un obstacle à l'exercice de droits fondamentaux ou encore aux bénéfices d'avantages comparables à ceux dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice. Les juges ont d'ailleurs eux même aussi contribué à rendre plus effective l'égalité de traitement entre les salariés de l'entreprise utilisatrice et de l'entreprise de travail temporaire, notamment en prononçant l'annulation de toute décision du comité d'entreprise refusant l'accès des salariés temporaires au restaurant de l'entreprise (par lui géré).

24. Mais c'est du niveau européen qu'il faut aussi dire un mot. En effet, les partenaires sociaux ont décidé de traiter de certaines questions dont l'importance doit être souligné au regard des questions qui retiennent notre attention. Qu'il suffise de mentionner la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre (du 18 mars 1999) CES, UNICE et CEEP sur le contrat de travail à durée déterminée. De la sorte est affirmée une volonté européenne de limiter le travail précaire. L' "exposé" des motifs de la directive est de ce point de vue fort éclairant. Il y est souligné notamment que les parties signataires de l'accord précité ont énoncé "des principes généraux et prescriptions minimales relatifs aux contrats et aux relations du travail à durée déterminée ; elles ont manifesté leur volonté d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en garantissant l'application du principe de non-discrimination ou des contrats à durée déterminée successifs" (point 14, Directive préc.). Il n'est dès lors pas étonnant que les efforts aient été avant centrés sur la mise en œuvre du principe de non-discrimination (clause 4), les mesures visant à prévenir l'utilisation abusive (clause 5), l'information et la promotion des salariés sous CDD (clause 6), enfin, l'information et la consultation des représentants des salariés (clause 7).

Certes, il ne s'agit sans doute pas d'une négociation collective au sens entier du terme. Les partenaires, les rapports de force développés au niveau européen font penser à certaines et certains qu'il s'agit d'un niveau non encore pertinent de relations professionnelles. Qu'il soit permis d'élever une forte "dissenting opinion" à ce propos. Le dialogue social européen est certes encore naissant, mais il n'en produit pas moins de considérables effets en matière tant de droit du travail que de relations professionnelles. Il participe de l'affirmation (sans doute hésitante et parfois ambiguë) d'un "modèle" social européen. Etant immédiatement observé qu'un modèle n'est jamais à copier (pour un juriste, recopier, la tentation si permanente et la méthode si inefficace au plan international comme national). Mais un modèle traduit des aspirations et des choix, des techniques et des institutions, dont on peut fort bien tirer quelques orientations pour le droit, quelques éléments pour des normes.

Mais, au fait, puisque de normes et de droit, il est parlé. Qu'en est-il de l'effectivité, de l'efficacité des règles juridiques ? Le juriste en sait-il vraiment beaucoup sur un tel sujet ? Le juriste n'est-il pas dans le monde contemporain sommé de ne point parler sans au préalable connaître la véritable portée de ses normes, le réel impact de ses techniques ? Compassion, pour nous autres juristes, nous autres universitaires, consciences et conscients que nous sommes de nos limites. Considérable privilège, mais aussi difficile condition académique, mais aussi humaine face aux savoirs, qui place le doute au cœur de ces derniers.

II — PRECARITE DE L'EMPLOI, EFFECTIVITE ET EFFICACITE DU DROIT DU TRAVAIL

25. La précarité de l'emploi ne saurait être séparée de la flexibilité de l'entreprise. Pourtant, elle ne constitue pas l'élément unique, ni d'ailleurs indispensable, de cette adaptation nécessaire de l'entreprise aux évolutions économiques comme technologiques. Pourtant, l'impression est qu'en France, la flexibilité, tant recherchée par les employeurs, peut rimer fort avec précarité de l'emploi. Pourtant, il va de soi que la flexibilité nécessaire de la production dans l'entreprise peut être grandement facilitée par de nombreuses techniques (flexibilité interne), qui n'impliquent nullement une telle précarité.

Le droit du travail a pour finalité la protection du salarié. Il en entend accorder à ce dernier des droits dont le plancher est fixé par la législation et les conventions collectives applicables. En application du principe de l'ordre public social, lesdites normes ne peuvent qu'être améliorées dans un sens favorable au salarié, par l'employeur unilatéralement ou par la voie de la négociation individuelle comme collective. La stabilité de l'emploi est l'un des objectifs que se propose aussi le droit du travail. Pour ce réaliser, de nombreux mécanismes sont utilisés. Ainsi en est-il, dans le cadre du contrat de travail à durée indéterminée, des exigences tant de procédure que de fond qui ont été développées par le législateur. Pour lutter contre la fragilité du lien contractuel, et partant contre la précarité de l'emploi, c'est ainsi qu'une cause réelle et sérieuse de licenciement (art. L. 122-14-3, C.T.) est exigée, depuis 1973, pour fonder tout licenciement individuel comme collectif. De même, aux fins de limiter les conséquences d'un changement d'employeur, la continuation des contrats de travail en cours au jour de la modification de l'entreprise, est-elle imposée par le code (art. L. 122-12, al. 2, C.T.).

A) Diversité et Pertinence des techniques juridiques.

26. Pour éliminer, ou du moins réduire la précarité de l'emploi, bien des techniques juridiques peuvent être utilisées, qui ne sauraient toutes être ici rapportées. Qu'il soit donc permis d'évoquer quelques grandes « options » pour les juristes ou plus particulièrement pour celles et ceux qui font œuvre législative, dans l'ordre de l'hétéronomie comme de l'autonomie.

En tout premier lieu, l'affirmation de *principes généraux* doit toujours être considéré comme pertinente et pratiquement des plus utiles. En des temps où les réformes succèdent aux réformes, les normes (toujours plus) complexes et détaillées à celles déjà (trop souvent) bien mal rédigées et contradictoires, un vibrant appel doit être lancé pour que l'accessoire ne chasse jamais le principal dans le droit, comme dans la vie en général. Car ce sont sur des principes, que pourront s'appuyer les universitaires et les praticiens pour développer une logique juridique accessible à toutes et tous. Les usagers du droit — qui désormais un accès grandement facilité par les nouvelles technologies dont nombre de juristes n'ont pas encore perçu les déterminantes conséquences sur l'évolution et la pratique du droit — sont en doit de connaître et réclamer la mise en œuvre des normes qui les concernent.

Dans le but de prévenir les abus, la proclamation de certains principes est indispensable, qui a été faite par la législation tant française qu'européenne. De ce point de vue, on doit se féliciter de la consécration de principes qui sont sans ambiguïté en matière de recours aux formes d'emploi atypique telle que le contrat de travail à durée indéterminée⁽⁹⁾ ou encore le travail temporaire. Le principe général est bien évidemment celui de *l'interdiction du recours au travail précaire dans certaines situations*. La première est bien évidemment celle du recours à de telles formes d'emploi pour des emplois permanents correspondant à l'activité de l'entreprise. De même doit-il en être en matière de conflits collectifs du travail ou encore de travaux dangereux. Reste évidemment, que la seule proclamation d'un tel principe est loin d'être aussi simple dans ses conséquences qu'il y paraît. Ainsi la question de la sous-traitance, de l'externalisation d'une partie de la production n'est pas des plus aisées à traiter juridiquement, à moins de vouloir proclamer un principe de façon si catégorique qu'on a toute crainte de penser qu'il ne pourra connaître une portée pratique sérieuse.

Tout aussi claire et vigoureuse, doit être la consécration du *principe de non-discrimination* entre travailleurs précaires et permanents de l'entreprise. Ainsi les partenaires sociaux européens ont-ils heureusement proclamé que "pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives" (Principe de non-discrimination, clause 4, accord déjà cité du 18 mars 1999). Un tel principe permet d'ailleurs de lutter aussi contre les discriminations que peut recouvrir (volontairement ou non) de telles différences de traitement, singulièrement à l'égard des femmes. De même, doit-on tirer de ce principe, la conséquence que les salariés précaires doivent bénéficier de toutes informations et propositions d'emploi selon les conditions communes dans l'entreprise. Le principe d'un égal accès aux

(9) Encore que la directive européenne précitée 1999/70/CE manifeste quelque prudence sur certains points, singulièrement en matière de recours au travail à durée déterminée.

opportunités d'emploi est d'une importance considérable, ainsi qu'on peut le constater lorsqu'il est mis en œuvre dans des entreprises, notamment par la mise en œuvre de bourse internes d'emplois.

27. Lorsqu'il s'agit d'envisager la précarité du lien contractuel lui-même, c'est dire ses conditions de rupture, il convient de garder à l'esprit la nécessaire différence de traitement entre emplois à durée déterminée et emplois permanents. Pour ceux-là, il est sans doute admissible qu'un mode de rupture propre soit applicable et non point le droit du licenciement. Cependant, le principe doit rester celui d'une exécution du contrat, sauf exceptions limitativement énoncées par les textes, jusqu'à l'arrivée de son terme. Car dans les limites de la tâche ou de la période de temps, c'est à une stabilité d'emploi que l'employeur s'engage envers le salarié. Et la sanction de tout inaccomplissement par celui-là de son obligation doit être le versement des salaires restant dus jusqu'à l'arrivée du terme du contrat.

Une telle situation juridique est sans doute aussi l'occasion de méditer sur les perceptions et l'utilisation des instruments juridiques par les praticiens, et singulièrement les entreprises. L'impression est parfois que la psychologie — et les passions qu'entraînent parfois les normes juridiques — participent de l'irrationnel, jusque et y compris sur ces terres de la gestion. En effet, la flexibilité rime souvent avec contrat de travail à durée déterminée. Bien surpris sont parfois les employeurs imprudents qui ont pensé, en concluant un tel contrat, faire œuvre de flexibilité. Ils découvrent en effet que le lien contractuel ne saurait être rompu en fonction des circonstances économiques, que l'exécution du contrat doit aller jusqu'à son terme, et que s'il n'en est pas ainsi, les salaires sont dus jusqu'à l'arrivée de ce dernier. Le contrat à durée déterminée pourrait-il être instrument de stabilité ? Et le contrat à durée indéterminée serait-il source de plus grande flexibilité ? Bien évidemment, la conformité au droit, interdit de recourir aux contrats à durée déterminée de façon permanente et pour une durée au-delà de celle prévue par la loi. Mais certains salariés sont juridiquement mieux protégés (en matière d'indemnisation) par un contrat à durée déterminée rompu dans des conditions irrégulières par l'employeur, que lorsque ce dernier procède à leur licenciement (notamment dans la très petite entreprise et avec une ancienneté très réduite). Ainsi donc, la requalification du contrat précaire en contrat de droit commun ne constitue pas toujours le meilleur choix (financier) pour le salarié...

28. Qu'en est-il de l'effectivité des règles précisant les cas de recours des contrats précaires ? Le législateur s'est en effet engagé dans une lutte contre les abus du recours au travail précaire (CDD et travail temporaire). Pour ce faire, il a ainsi énoncé des cas de recours aux contrats de travail précaire (art. L. 122-1 et s., C.T.). La plus importante des normes est sans doute celle relative à l'interdiction générale du recours au contrat précaire pour une activité normale et permanente de l'entreprise (art. L. 122-1, al. 1, C.T.). La prudence la plus grande s'impose pour qui veut avec sérieux se prononcer sur l'effectivité de tels textes. Il en va de même pour les interdictions de recours (générales ou particulières). L'impression pourrait bien être celle

d'une relative — pour ne pas dire — importante ineffectivité du droit. Ce qui renvoie à un débat plus large, relatif à l'intervention de l'inspection du travail au regard du contrôle de l'application d'une telle législation.

B) Limites et défis des problématiques des techniques juridiques.

29. Ainsi qu'il a été dès l'abord souligné, la "part" du droit doit à la fois être considéré comme déterminante, mais aussi comme relative. Pour cette raison au moins que l'effectivité de ce dernier est toujours incomplète. En outre, il n'est pas rare qu'à l'expérience, l'efficacité du droit se révèle moins considérable qu'il n'était attendu. Terrible destin de tous les législateurs, que celui de constater qu'une problématique originelle s'est révélée à l'épreuve des pratiques et des faits bien décevants, voir contraire aux objectifs retenus.

Le juriste du travail doit se préoccuper des conditions d'accès à la Justice, tant des employeurs que des salariés. Les procès du travail nécessitent, pour des raisons évidentes, un traitement attentif et particulier. Les contraintes qu'entraîne nécessairement l'exécution de la prestation de travail dans l'entreprise impliquent un traitement particulier du contentieux. L'accès au juge, comme le déroulement de la procès, doivent sans nul doute être facilités, ce qui implique des adaptations du droit commun de la procédure. Encore que le contentieux judiciaire — toujours a posteriori — ne soit sans doute pas la plus pertinente des méthodes. Certains systèmes de relations professionnelles qui ont développé un traitement a priori dans l'entreprise (telle la procédure d'arbitrage dans le cadre des conventions collectives), des litiges du travail permettent sans doute de donner aux normes une effectivité bien supérieures. Le système français ignore de telles problématiques. Le contentieux est judiciaire, devant le conseil de prud'hommes (composé d'élus des employeurs et des salariés en nombre égal) en première instance.

30. Le législateur français s'est montré fort soucieux de l'effectivité des normes protectrices des salariés en matière de travail précaire. Qu'il suffise d'en proposer quelques illustrations. En premier lieu, la procédure de requalification des contrats précaires en contrat de travail de droit commun (à durée indéterminée) est facilitée. D'une part, la procédure est accélérée : une procédure de requalification devant le Conseil de prud'hommes dispense le demandeur de la procédure préalable (habituellement obligatoire) de conciliation (art. L. 122-3-13, C. T.). Le Conseil doit statuer dans le délai de un mois à compter de la saisine⁽¹⁰⁾. D'autre part, l'action syndicale en Justice est facilitée par le code du travail (art. L. 122-3-15, C.T., pour le CDD). Encore faut-il que le salarié, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a exigé, ait donné son accord.

Le juriste aimerait pouvoir disposer d'enquête de sociologie juridique et plus précisément judiciaire. Quelle est donc la portée pratique des textes ci-dessus rapportés ? Quelle est le pourcentage de contrats précaires

(10) Procédure qui, selon la jurisprudence, s'étend à la demande en paiement des indemnités résultant de la rupture du contrat de travail.

(contrats à durée déterminée et missions de travail temporaire) ainsi requalifiés en contrats de droit commun ? Une hypothèse peut être émise non sans prudence que nombre de contrats précaires se trouvent en marge de la légalité, sans que les intéressés ne saisissent la Justice aux fins de requalification. De même en est-il de l'action syndicale en Justice, qui permet au syndicat de se substituer au salarié dès lors que ce dernier a donné son accord (art. L. 122-3-15, pour les CDD). L'hypothèse étant que peu d'actions sont intentées. Mais aussi que les actions intentées sont couronnées de succès. La requalification automatique du contrat précaire en contrat de droit commun ne semble souffrir aucun obstacle judiciaire.

31. En matière de contrats précaires, le Code du travail prévoit aussi des sanctions pénales (art. L. 152-1-4). En cette matière aussi manquent des données statistiques et des analyses sociologiques. Cependant, l'hypothèse est encore que l'effectivité des sanctions pénales en ce domaine pourrait être bien faible pour ne pas dire nulle. Ce qui est l'occasion d'un débat sur l'opportunité d'une "banalisation" de la sanction pénale. Tous (ou presque) les articles du Code du travail étant sanctionnés pénalement.

Cependant, doit être relevée l'importance de la sanction pénale lorsque des libertés fondamentales sont violées. Ainsi en est-il du statut protecteur des représentants des salariés et des syndicats, dont on constatera l'application aux contrats de travail précaire. L'inapplication de la procédure, qui implique l'autorisation administrative préalable de l'administration du travail en cas de rupture du contrat de travail, impliquant un délit d'entrave que les tribunaux n'hésitent pas à sanctionner, parfois lourdement (peine d'amende et non point de prison ainsi que les textes le permettent) .

32. L'effectivité du droit du travail ne saurait être le seul souci du juriste. La délicate question de l'efficacité des normes juridiques ne saurait être esquivée. Une sorte de bilan "coût-avantage" de ces dernières doit toujours être recherchée. Et de ce point de vue, qu'il soit permis d'évoquer l'importance des pratiques de gestion des ressources humaines dans l'entreprise. Il convient en effet d'être attentif à l' "acculturation" des normes juridiques dans les pratiques de gestion des ressources humaines. A quoi bon des normes si les praticiens ne les considèrent pas justifiées au regard de leurs pratiques de gestion ? Certes, la pertinence des normes juridiques du travail ne saurait dépendre de leur acceptation par les praticiennes et praticiens des ressources humaines dans l'entreprise.

Comment contribuer à une synergie entre droit et gestion ? Sans doute ou étant attentif à la pédagogie que doit dans les Sociétés contemporaines accompagner toute norme. Il est donc essentiel de faire reconnaître la pleine légitimité et l'intérêt bien compris de mettre en oeuvre certains principes (ci-dessus présentés) que le code du travail consacre. Du Code, de ses articles, des normes juridiques, il faut désormais faire apparaître les perspectives stratégiques dans l'intérêt de toutes et tous, et notamment des entreprises. Certains conseils donnés à ces dernières, qui sont en contradiction avec les normes juridiques, ne sont pas seulement "illicites" et conduisant à des situations d'illégalités. Ils sont aussi, et plus gravement,

contraires à l'intérêt de l'entreprise. Ce qui n'est pas dire qu'une norme juridique du travail ne trouve sa légitimité que dans cet intérêt, que son efficacité doit toujours dépendre de son adéquation à ce dernier. Car de l'intérêt de l'entreprise, d'une même entreprise (dont le périmètre est si variable), au fil du temps et des gestions, il peut être tant de versions !

33. Plus généralement, les juristes du travail peuvent aussi utilement contribuer à plus de sérénité et de sérieux dans certains débats relatifs à la gestion des entreprises. Les limites d'une individualisation de la relation de travail, comme les graves conséquences que peut avoir la précarité pour les individus comme l'entreprise et la Société doivent être analysées. Ce qui implique sans doute une critique parfois radicale des modes et pratiques du moment. Le droit (du travail, notamment) a cette vertu de ne point s'inscrire seulement dans l'instant. Il participe, peu ou prou, de l'éternité, ou du moins du devenir des citoyens, des groupes, des communautés.

Comment peut-on à la fois annoncer haut et fort que la participation des salariés est indispensable au développement de l'entreprise intelligente à l'aube d'un nouveau millénaire et dans le même moment développer la précarité des salariés, notamment par des techniques juridiques en matière d'emploi ? Peut-on sérieusement penser que l'adaptation et la créativité des salariés soit compatible avec la précarité de ces derniers ? Et puisque la formation est au cœur de la productivité et de la compétitivité, pense-t-on pouvoir la développer dans des situations de précarité ? Serait-il sacrilège de considérer que l'effectivité comme l'efficacité des normes du travail passe par une prise de conscience de la nécessaire cohérence du langage et des pratiques ?

OBSERVATIONS FINALES:

34. Des quelques éléments qui ont été plus haut présentés, on ne retiendra que la nécessité d'une réflexion en profondeur sur la précarité, ses origines, ses conséquences. Il n'est aucun pays, et bien évidemment la France, qui n'échappe à des critiques, des interrogations. Parmi ces dernières, on aimerait en savoir (beaucoup) plus sur la pertinence des normes du code du travail. On souhaiterait aussi savoir si les relations professionnelles sont appelées à de profondes transformations. Le débat sur la "refondation sociale" à laquelle le patronat invite les partenaires sociaux est à la fois profond dans les remises en cause et incertain dans son issue. De nouveaux contrats de travail à durée (étendue) verront-ils le jour ? Le débat sur la flexibilité en sera-t-il renouvelé ?

L'entreprise intelligente du prochain siècle ne saurait s'engager sur les chemins de la précarité de ses salariés. Elle a tout à gagner d'une victoire sur la précarité qui porte atteinte à la dignité de l'être humain au travail. Et du côté syndical, le combat pour la stabilité passe sans doute par la propositions de nouveaux instruments juridiques conciliation protection permanente du salarié et adaptation de ce derniers aux mutations de toutes sortes. Le concept d'employabilité peut-il permettre de nouveaux équilibres

sociaux ? Un tel concept ayant cette conséquence d'impliquer une réflexion sur les instruments d'une protection efficace du salarié. Avec cette conséquence, que les obligations de l'employeur ne sauraient être limitées à celles classiquement envisagées par le droit du travail. La formation et l'adaptation aux changements se trouvant désormais au cœur de l'exécution de tout contrat de travail. Le contrat d'activité sera-t-il l'instrument privilégié de nouveaux rapports de travail dans la Société ? Qu'il soit permis de considérer qu'un tel contrat ne saurait remettre en cause le critère de subordination (juridique) du salarié, dont on a tout lieu de penser qu'elle est plus actuelle et diversifiée que jamais. Ce sont plutôt des instruments de mutualisation de certaines techniques essentielles pour la lutte contre la précarité qui sont à promouvoir par un tel contrat, et singulièrement la formation professionnelle.

35. S'il fallait une certitude, ce serait sans doute celle de la nécessité d'un large et libre débat sur les stratégies et les responsabilités des partenaires sociaux. Tant du côté patronal que du côté syndical les défis sont certes considérables, mais ce sont aussi autant d'opportunités pour une nécessaire mutation du système de relations professionnelles, et aussi une indispensable articulation entre droits individuels et droit collectifs.

Il existe une légitime et croissante aspiration de toutes et tous : celle d'un *travail décent*. La précarité de l'emploi est à l'opposé d'une telle aspiration. Elle participe d'un environnement hostile dans comme hors l'entreprise. L'Organisation Internationale du Travail nous presse de donner un contenu fort à ce nouveau concept de travail décent⁽¹¹⁾. Voici donc qui doit mobiliser désormais nos énergies de juristes du travail.

ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

AUBERT-MONPEYSSEN, *Thérèse*, "Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail", *Droit Social*, Juin 1997, pgs. 615-625.

FROSSARD, *Serge*, "Les qualifications juridiques en droit du travail", Préface de Jean-Marc BERAUD, *Bibliothèque de Droit Social*, LGDJ, Tome 33, Paris, 2000, pag. 246.

GAUDU, *François*, "Travail et activité", *Droit Social*, Février 1997, pgs.119-126.

JAVILLIER, *Jean-Claude*, "Manuel de droit du travail", LGDJ, Paris, 7^{ème} éd., 1999.

PERSONNEL, "Emploi, employabilité, mobilité", ANDCP, Paris, Octobre 1998, n. 393, pgs. 13-51.

ROY-LOUSTANAU, *Claude*, "Tempête sur la requalification du contrat emploi-solidarité — La jurisprudence France-Télécom et Université René Descartes, Soc., 16 mars 1999", *DS*, 1999, N. 6, pgs. 553-561.

(11) BIT, "Un travail décent". Rapport du Directeur Général, Conférence internationale du travail, 87^{ème} session, 1999, Genève, 1999, pag. 90.

- DIRIGEANT**, "Emploi-travail. La grande mutation", CJD, Paris, Octobre 1999, n. 40, págs. 13-29.
- TARONDEAU, Jean-Claude**, "La flexibilité dans les entreprises", PUF, Coll. Que Sais-Je ?, n. 3477, Paris, 1999.
- WILLMANN, Christophe**, "L'identité juridique du chômeur", Préface de Antoine LYON-CAEN, LGDJ, Bibliothèque de Droit social, Tome 32, Paris, 1998, pág. 533.
- FILOCHE, Gérard**, "Le travail jetable. Sur-travail, sous-travail ou sans-travail", Ed. RAMSAY, Paris, 1997, pág. 307.
- WAQUET, Philippe**, "Le renouveau du contrat de travail", RJS, 1999, n. 5, págs. 383-394.
- AHUMADA, Carmen**, "L'utilisation des contrats emploi-solidarité pour des emplois permanents", note sur Soc., 16 mars 1999, France-Télécom c./ Lancelot et Brunhammer, RPDS, N° 649, Mai 1999, págs. 165-166.
- TRENTIN, Bruno**, "Un nouveau contrat de travail", in "Le rapport SUPIOT", DS, N. Spécial, Mai 1999, págs. 472-473.
- BIT**, "Un travail décent. Rapport du Directeur Général, Conférence internationale du travail, 87 ème session, 1999, Genève, 1999, pág. 90.
- ROBERT, Thomas**, "L'entreprise partagée : une pratique différente des relations sociales", Ed. MAXIMA, Paris, pág. 208.
- SARFATI, Hedva**, "Flexibilité et création d'emplois : un défi pour le dialogue social en Europe", L'HARMATTAN, Paris, 1999, pág. 243.
- CETTE, Gilbert et autres**, "Emplois de proximité", Conseil d'analyse économique, LDF, Coll. "Les rapports du Conseil d'analyse économique", n. 12, Paris, pág. 228.
- GEDISST, Cahiers du**, "Précarisation et citoyenneté", Cahier n° 23, Ed. L'HARMATTAN, Paris, 1999, pág. 180.
- PEDROT, Philippe**, Sous la direction de, "Ethique, Droit et Dignité de la personne", Ed. ECONOMICA, Paris, 1999.
- MOLFESSIS, Nicolas**, Sous la direction de, "Les mots de la loi", avant-propos de François TERRE, Ed. ECONOMICA, Collection "Etudes Juridiques", n. 5, Paris, 1999, pág. 110.
- SUPIOT, Alain**, sous la direction de, "Au-delà de l'emploi. Rapport pour la Commission européenne. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe", Ed. FLAMMARION, Paris, 1999, pág. 321.