

L'optique du travail décent

par Michèle Bonnechère, Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne

« Il ne s'agit pas seulement de créer des emplois, mais des emplois d'une qualité acceptable... »

J.A. Somavia, 1999.

PLAN

- I. Une stratégie au plan international, à laquelle la contribution de l'Union européenne est annoncée
 - A. Le travail décent dans le programme de l'OIT
 - B. La contribution annoncée de l'Union européenne
 - C. Le concept de travail décent
- II. Implications du travail décent en droit du travail
 - A. L'accès à un travail dans des conditions de liberté, d'équité et de dignité
 - B. L'emploi et la "modernisation du droit du travail"
 - C. "Flexisécurité" et finalités du contrat de travail

L'existence d'« une crise globale de l'emploi sans précédent » fut l'objet de l'intervention du Directeur général du Bureau international du travail (BIT) devant le dernier « Forum économique mondial » (1), soulignant l'urgence de pratiques et politiques nouvelles. Aujourd'hui la croissance économique "mondialisée" détruit plus d'emplois qu'elle n'en crée. Le nombre des personnes sans emploi dans le monde augmente tandis que se dégradent les conditions de travail et de rémunération d'un plus grand nombre de personnes. L'alerte lancée par l'OIT sur le « déficit de travail décent » renvoie à une réalité complexe faite, selon les situations, de chômage aggravé, de sous emploi, mais aussi de survie dans la précarité, de déni des droits sociaux fondamentaux.

Défini depuis 1999 comme « but fondamental » pour l'action de l'OIT, le concept de travail décent exprime la dignité de la personne au travail et sous-entend une éthique du travail.

La conscience que le travail humain est une œuvre créatrice est inscrite dans les traditions hébraïque et mésopotamienne (2). L'Ancien Testament, tout en admettant que le travail est une peine (« à la sueur de ton front... ») affirme la vocation de l'homme à maîtriser les ressources du monde. Par le travail, une personne se construit et acquiert une place dans la collectivité : « travailler, c'est faire un homme autant qu'une chose », écrivait Emmanuel Mounier. Et Marx avait placé au cœur de sa philosophie « les rapports interhumains nés du travail » dénonçant leur réification (3).

L'optique du travail décent se situe dans le prolongement de la déclaration de Philadelphie (1944) affirmant une valeur fondatrice du droit du travail : « le travail n'est pas une marchandise ». Le travail décent est celui qui permet une vie décente : la recherche de ses critères nécessite pour cela une approche globale, donnant un contenu concret au principe d'indivisibilité des droits de l'Homme dans la lutte contre la pauvreté et la précarité (4). Pour autant, en constatant que le « déficit de travail décent » qu'entend combattre l'OIT est tout à la fois déficit d'emploi, déni de droits, déficit de protection sociale (5) et déficit de dialogue social (6), faut-il ne voir dans ce combat qu'un objectif de politique sociale, très noble mais n'intéressant qu'indirectement le droit du travail ? Ce serait faire peu de cas du droit à la

(1) Davos, 25 janvier 2006.

(2) « *Emplissez la terre et soumettez là...* », Genèse, I, 28. De cette tradition la pensée grecque, plus préoccupée par la société politique (non concernée par les rapports de travail), s'est éloignée. V. J.P. Vernant, *Mythes et pensée chez les grecs*, Maspero, rééd. 1974, t. II., p. 20 s.

(3) Marx, *Le Capital*, T.3, éd. soc. 1960.

(4) Faut-il rappeler la pertinence du réquisitoire de J. Wresinski, « Grande pauvreté et précarité économique et sociale », rapport au Conseil économique et social, JO du 18 févr. 1987 ?

(5) A lire : « Sécurité sociale et travail décent » n° spécial Sem. soc. Lamy, dir. A. Supiot, supplément 4 sept. 2006, n° 1272.

(6) Rapports 1999 (précité) et 2001 du directeur général du BIT.

dignité dans le travail, tout en ignorant les exigences de cette approche du travail. Un travail qui permet de vivre, non de survivre dans la pauvreté et/ou la précarité renvoie à la qualité de l'emploi, découlant en droit du travail de réponses à des questions précises : quel contrat ? quels droits ? quelles perspectives d'emploi ?

Alors que le thème de la « flexisécurité » donne lieu à divers rapports, des recherches, que se répandent des idées lancinantes malgré leur inexactitude (assouplir les règles de licenciement favorise l'emploi (7)), l'optique du travail décent permet d'opérer un recentrage sur l'évolution du droit du travail. Il faut le dire clairement : certains principes ou règles ne sont pas réversibles.

En d'autres termes, l'imagination de solutions inexplorées permettant de « sécuriser les parcours professionnels », afin de rendre plus faciles les transformations économiques, ne saurait avoir comme préalable une dissolution du droit du travail défini d'un manière simpliste comme « fordien », alors qu'existent, anciens (8) ou récents (9) des mécanismes d'une grande souplesse, très adéquats à la fameuse « décentralisation productive » (10) (sous traitance, entreprise en « réseau »), et posant plus que jamais la question de l'identité professionnelle (11), du « métier » du salarié.

L'optique du travail décent rappelle enfin que le travail ne peut être envisagé sous le seul angle du « marché », de l'« échange » (12) : il y a le temps du travail, et le travail créé des droits.

La démarche, bien que n'ayant pas les mêmes conséquences selon les niveaux de développement des économies, rend évidente la rencontre des droits sociaux et des droits « civils et politiques », donnant une signification très forte à l'idée que « nulle cloison étanche » ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux des droits de l'Homme (13). Tandis que les pays de l'Union européenne sont appelés à « moderniser leur droit du travail », s'avère nécessaire le rappel de ce que signifie le « travail décent » comme stratégie au plan international, mais aussi pour la très attendue « Europe sociale » (I) et la recherche de ce que cette stratégie implique comme exigences pour le droit du travail (II). A l'évidence, l'étude qui suit sera loin d'être exhaustive : en seront notamment absents tant la lutte contre les discriminations (14) que le travail décent dans la réglementation de l'immigration (15).

I. Une stratégie au plan international, à laquelle la contribution de l'Union Européenne est annoncée

Si l'on en croit les documents officiels, un consensus se dégage sur l'objectif du travail décent. Ce n'est plus seulement l'axe de la politique de l'OIT et de son Bureau (le BIT) mais le thème d'une déclaration ministérielle adoptée dans le cadre du Conseil économique et social de l'ONU (ECOSOC) le 5 juillet 2006, qui reprend la

terminologie de l'OIT sur « *l'accès pour chaque femme et chaque homme à un travail productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité* » et l'idée d'une « *mondialisation juste et non exclusive* ». L'Union européenne n'est pas en reste, puisque la Commission a présenté à ses autres institutions une

(7) v. sur ce point le rapport du CERC (Conseil de l'emploi, de revenus et de la cohésion sociale) sur « La sécurité de l'emploi », la Doc. Française, 2005.

(8) Les contrats à durée déterminée d'usage, dans les secteurs énumérés à l'article D. 121-2 C. trav., ont permis le maintien et le développement de systèmes d'« intermittence » adaptés aux particularismes de ces secteurs.

(9) Le « travail à temps partagé », introduit par la loi sur les PME du 2 août 2005 (articles L. 124-24 et suivants C. trav.) est une forme de prêt de main d'œuvre très souple permettant aux entreprises ne pouvant recruter elles mêmes du « personnel qualifié » de se partager le temps de salariés embauchés par une autre entreprise (qui n'est pas tenue à une règle de réelle exclusivité) v. P.-Y. Verkindt, JCP S 6 sept. 2005.1118

(10) A. Lyon-Caen « Droit du travail, subordination et décentralisation productive », in *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, dir. H. Petit et N.Thévenot, La découverte 2006 p.87-97.

(11) Au sens où A. Supiot a introduit cette notion (la profession comme élément constitutif de l'identité), in *Critique du droit du travail*, PU, Les voies du droit, 1994.

(12) V. C. Rameaux, intervention au colloque « Flexisécurité en France », Colloque interdisciplinaire, université de Marne la Vallée, 7 décembre 2006 (communications disponibles sur www.univ-evry.fr/flexicurite-en-France)

(13) Selon la formule remarquable de l'arrêt Airey c/Irlande du 9 octobre 1979 de la Cour EDH, *Grands arrêts* par F. Sudre, J.P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Goutenoire et M. Levinet, PUF, 3^e ed. 2005 n° 2.

(14) Rappel : M.A. Moreau, « La justification des discriminations », Dr. soc. 2002.1112 ; R. Spire « Agir contre les discriminations syndicales au travail : le droit en pratique », Dr. Ouv. 2006, n° spécial.

(15) Cette question fera l'objet d'une autre étude à paraître au *Droit Ouvrier*.

Communication sur sa contribution « à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde » (16). De leur côté les sommets de l'Union africaine (septembre 2004) et des Amériques (novembre 2005) ont notamment adhéré à la perspective du travail décent.

La reconnaissance au plan mondial de la compétence de l'OIT pour élaborer des normes fondamentales du travail devant servir de « socle social » à l'économie mondiale est acquise. « *Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. L'Organisation internationale du travail (OIT) est l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper, et nous affirmons soutenir les activités qu'elle mène pour les promouvoir* », précise la Déclaration de l'OMC à la conférence de Singapour (1996), reprise à la conférence OMC de Doha (2001) (17). Ce coup de chapeau permet évidemment de ne pas traiter du social dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (18).

Il existe un rapport chronologique entre la réflexion entamée par l'OIT sur son action normative, suivie d'une certaine « mutation » (19) en la matière, et sa politique dite du travail décent. L'objectif du travail décent ne saurait cependant être réduit à la préférence pour des normes programmatiques : l'on s'efforcera donc de préciser cette approche de l'OIT (A) et son apport. Il faudra ensuite évaluer le « socle » du travail décent dans le cadre de l'Union européenne (B) et surtout dégager la signification juridique du concept (C).

A. Le travail décent dans le programme de l'OIT

Dans son rapport 1999, le directeur général du BIT a visé quatre piliers du travail décent : l'emploi, la protection sociale, les droits de travailleurs et le dialogue social. Le terme « emploi » vise le travail sous toutes ses formes, incluant non seulement les travailleurs de l'économie formelle (salariés) mais aussi les situations « informelles », le travail indépendant, le travail à domicile. L'accès à l'emploi est indissociable de l'accès à une rémunération d'une part, à des conditions de travail salubres et à la sécurité au travail (v. *infra*, C). La sécurité sociale est au nombre des « indicateurs » (20) du travail

décent, en raison de sa prise en charge des risques, des revenus de remplacement (21). Le dialogue social, considéré comme une garantie d'équité et d'efficacité (les bons ajustements ?) et correspondant aux droits de négociation collective, à celui pour les salariés d'être informés et consultés dans l'entreprise ou encore à la consultation des partenaires sociaux en est un élément.

L'on évoquera successivement le lien entre l'objectif du travail décent et les aspects nouveaux de l'action normative de l'OIT, puis avec le respect des droits fondamentaux dans les nouvelles structures de production.

1° Nouvelle action normative de l'OIT ?

Depuis sa création en 1919, l'action normative de l'OIT repose sur les réponses et institutions des Etats. C'est un lieu commun de dire que la mondialisation des rapports économiques rend ce cadre de référence parfois inopérant. La technique « législative » de l'OIT (22), faite de l'adoption des normes internationales du travail par la conférence de l'OIT, suivie de leur ratification définie comme « *un acte purement volontaire et souverain* » d'acceptation (parfois partielle) de mettre en œuvre l'instrument international a conduit à un vaste mouvement de construction des normes internationales du travail (23), mais son efficacité a été mise en cause dans la période récente. D'une part, la volonté des Etats d'attirer les investissements (ou d'éviter les délocalisations) ne favorise pas la progression des ratifications des normes de l'OIT (dont le nombre a stagné à partir de 1997) ; d'autre part certains engagements étatiques à l'égard de l'OIT ne sont guère suivis de concrétisation. Le cas de la Chine, qui signa un accord avec l'OIT en 2003, puis en 2004 une déclaration sur « *le plein emploi décent* » (24) est notoire. L'exemple du travail des enfants est le plus tragiquement significatif, avec l'adoption en 1999 de la convention n° 182 sur « *les pires formes* » (!) de travail des enfants, alors qu'existait déjà la convention n° 138 sur l'âge minimum (1973). En 2005 le BIT estimait à 186 millions le nombre d'enfants de 5 à 14 ans (et 59 millions de 15 à 17 ans) travaillant.

Dans un contexte de crise l'OIT poursuit une réflexion sur les normes internationales du travail. S'interrogeant

(16) Communication de la Commission au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 24 mai 2006 « *Promouvoir un travail décent pour tous : la contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde* », COM (2006) 249 final, avec une annexe.

(17) Sur Doha *L'Europe en première ligne*, P. Lamy, Seuil, 2002

(18) Sur les évolutions théoriquement possibles de l'OMC, v. M.A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006, 461 pages, spec. p. 190 s.

(19) M.A. Moreau, op. cit., p.113.

(20) D. Ghai « Travail décent : concept et indicateurs », *Revue internationale du travail* 2003/2, vol. 142, 121s.

(21) Etude citée note 5.

(22) Expression de N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz 1970.

(23) J.M. Servais, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, spec. p. 46.

(24) Un exemple significatif en juin 2006 la SNCF, qui devait faire fabriquer une partie des tenues de travail de son personnel en Chine, annonça qu'elle y renonçait, ayant constaté que les conditions de travail dans les usines concernées n'étaient « pas conformes aux conventions de l'OIT ».

sur les priorités, l'essentiel à promouvoir, développant une approche « intégrée » de mise en perspective des normes dans laquelle le droit n'est pas le seul outil, et l'universel doit être concilié avec la diversité (25). La Déclaration relative aux droits fondamentaux des travailleurs adoptée à l'unanimité en 1998 procéda de la volonté de revivifier les règles constitutionnelles de l'OIT : par leur adhésion, les Etats membres ont accepté des principes et droits découlant de la Constitution de l'organisation et de la déclaration de Philadelphie en annexe. Ainsi, même sans ratifier ou avoir ratifié les Conventions reconnues comme fondamentales les Etats ont l'obligation de promouvoir de bonne foi quatre valeurs essentielles : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; c) l'abolition effective du travail des enfants ; d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Par ailleurs un mécanisme de « suivi » de la Déclaration a voulu faire le lien entre les rapports annuels des Etats sur leurs ratifications ou non-ratifications des huit Conventions sélectionnées (26), le rapport global du directeur général sur un thème donné, et les plans d'action à mettre en œuvre en matière de coopération technique. Un rapport global de mai 2006 intitulé « *La fin du travail des enfants, un objectif à notre portée* » (27) constate une diminution du nombre d'enfants astreints à des travaux dangereux, et même une chute sensible du taux d'activité des enfants dans des pays comme le Brésil et le Mexique, la situation de l'Afrique subsaharienne étant beaucoup moins favorable. A côté des normes, le programme de l'OIT bénéficie d'un budget annuel de fonctionnement de 50 à 60 millions de dollars.

2° L'idée d'une approche mondiale débordant les relations inter-Etats

L'objectif du travail décent conduit à repenser certaines catégories du droit social (v. *infra*, C) et les sources. Il renvoie à un développement économique et social

équitable auquel contribue d'une manière primordiale le droit social. J.M. Servais évoque « *la synthèse optimale entre garanties données aux travailleurs, créations d'emplois et compétitivité, ou dit autrement, entre le développement et les valeurs et droits reconnus par une société nationale ou consacrés internationalement* » (28). Le droit n'est pas le seul élément pour réaliser cet objectif, mais il est indispensable et doit être efficace pour faire avancer le travail décent. L'originalité de la démarche inscrite dans la Déclaration de 1998 (*supra*) est à la fois de résulter d'une recherche portant sur cette efficacité des normes dans la promotion des droits fondamentaux et d'adopter une voie dans laquelle la norme juridique et les moyens matériels mis en œuvre sont complémentaires. Bien sûr, les programmes d'action « sur le terrain » nécessitent la mobilisation et la coordination de tous les acteurs (29).

Au-delà de cette complémentarité des actions de l'OIT, l'objectif du travail décent pose le problème d'une véritable approche globale : « *la mondialisation croissante de l'économie appelle une approche mondiale elle aussi des grandes questions éthiques et des processus politiques et sociaux fondamentaux* » souligne Amartya Sen (30), suggérant d'inscrire ce dépassement des relations entre Etats dans l'héritage du syndicalisme et une conception universaliste du travail. L'on connaît les risques d'une démarche d'élaboration d'un droit mou (soft law) sur les aspects sociaux de la libéralisation des échanges (31) alors que les règles du commerce internationale s'imposent par le biais de normes étatiques ou inter-étatiques « dures ». La perspective évoquée est différente : elle implique un dépassement des limites des relations inter-étatiques par exemple pour les institutions mondiales et une vision globale de ce que doit être le travail dans le monde, avec les exigences qui en découlent pour les politiques. Un autre prix Nobel, Joseph E. Stiglitz (32) est d'ailleurs très clair sur le mouvement de responsabilité sociale des entreprises, porteur d'un « changement de mentalités » mais devant être complété par des « *réglementations*

(25) Approche développée par J.C. Javillier lors d'une conférence à l'Association française de droit du travail (30 janv. 2004), ainsi que dans une étude dédiée au professeur M. Biagi, « Pour une contribution des universitaires à la dynamique des normes internationales du travail », in « *Changing industrial relations and modernisation of labour law* », Kluwer Law int. 2003.

(26) Les 8 conventions de l'OIT concernent : la liberté syndicale (convention n° 87), la négociation collective (convention n° 98), l'élimination du travail des enfants (conventions n° 138 et n° 182), l'élimination du travail forcé (conventions n° 29 et n° 105), l'égalité de salaires entre hommes et femmes pour un travail de valeur égale (convention n° 100) et la lutte contre les discriminations dans l'emploi (convention n° 111).

(27) « *La fin du travail des enfants : un objectif à notre portée* », rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 95^e session de la Conférence, Genève 2006.

(28) J.M. Servais « *Politique de travail décent et mondialisation : réflexion sur une approche juridique renouvelée* », Rev. Int. trav. 2004, vol. 143, p. 203 s (numéro spécial « Pour une mondialisation plus juste »).

(29) Sur cet aspect, M.A. Moreau op. cit. p. 119.

(30) Amartya Sen « *Travail et droits* », Rev. int. Trav. 2000, vol. 139, n° 2, 129 s., spec. p. 138. L'auteur fait une distinction, qu'il tient pour « capitale » entre approche internationale et approche mondiale.

(31) A. Supiot « *Du nouveau au self service normatif : la responsabilité sociale des entreprises* », Etudes offertes à J. Pélessier, *Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Dalloz 2004, p. 541. F. Meyer « *La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?* » Dr. Ouv. 2005.185 ; I. Desbarrats « *Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes* », Dr. Ouv. 2006.331.

(32) J.E. Stiglitz *Un autre monde, contre le fanatisme du marché*, Fayard 2006, spec. p. 274 s.

strictes». « Réglementer contribue à prévenir la course vers le bas », insiste-t-il, peu convaincu par le discours sur les « nouvelles synergies », et relevant que les multinationales qui se dotent de « codes de conduite » devraient accueillir favorablement les réglementations confortant les « standards sociaux » censés être garantis.

William Milberg soulève aussi le problème des implications des nouvelles structures de la production sur le respect des normes juridiques et propose, pour enrayer toute course au « moins disant » un système de nouvelles responsabilités : « les entreprises dominantes et les premiers fournisseurs seraient tenus pour responsables du respect des normes du travail chez les producteurs auprès desquels ils se fournissent même si ces derniers sont complètement indépendants en termes de propriété du capital » (33). Certains accords collectifs transnationaux relatifs aux droits fondamentaux s'orientent vers un contrôle de l'entreprise dominante, avec une ambiguïté sur les conséquences juridiques précises de ces stipulations (34). Ce mouvement de négociation transnationale semble favorisé par la pratique des comités d'entreprise européens qui se vivent souvent comme relais dans les groupes mondiaux (35).

B. La contribution annoncée de l'Union européenne

Le travail décent devrait être la perspective des politiques de l'Union et y promouvoir la positivité des droits sociaux fondamentaux.

1° L'agenda

Pour reprendre les termes de sa communication du 24 mai 2006 (36), la Commission européenne s'est « engagée dans la promotion de l'agenda du travail décent pour tous », qui selon elle permet à l'Union européenne de « projeter ses valeurs » et de « faire partager son expérience et son modèle de développement économique et social intégré ». La brève analyse par la Commission du travail décent comme

« facteur de développement, de gouvernance et de performance » comporte quelques glissements (l'objectif d' « assurer la sécurité juridique pour les entreprises » est visé parmi les moyens pouvant faire reculer la pauvreté, ce qui demanderait quelques explications). Intéressante est l'annonce d'une intensification des rapports de la Commission avec l'OIT, le travail décent correspondant à un engagement pour l'Union.

Cet engagement, la Commission le voit d'abord dans le fait que « les normes et actions de l'OIT complètent l'acquis dans les matières qui ne sont pas – ou ne sont que partiellement – couvertes par la législation et les politiques communautaires comme l'administration et l'inspection du travail, la liberté syndicale, la négociation collective et les normes minimales en matière de sécurité sociale » d'où l'encouragement des Etats membres à poursuivre les ratifications et l'application des conventions de l'OIT et le soutien de la Commission à la mise en œuvre des programmes nationaux pour le travail décent, tout particulièrement dans les pays candidats à l'adhésion.

2° Les droits sociaux fondamentaux

Élément central dans la quête d'une « mondialisation équitable », l'objectif du travail décent doit renforcer l'affirmation et le rôle des droits sociaux fondamentaux. Dans le cadre de l'Union européenne ce vocable n'est pas absent : il existe une « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs » depuis 1989 (36 bis), visée par le Traité CE, dont la valeur juridique est incertaine (37) mais sur laquelle se sont appuyés les juges français dans l'affaire de *Vilvoorde* (38), tandis que la Cour de Justice s'en servait dans l'affaire *Jaeger* pour cerner la notion de temps de travail (39). Plus récemment, la Cour de Luxembourg a maintenu, à propos du droit au congé annuel minimal, son expression de « droit social revêtant une importance particulière » plutôt que de droit fondamental (40).

Une « adhésion » réelle de l'Union européenne à l'objectif du travail décent devrait élargir clairement aux

(33) W. Milberg « Nouvelle structure de la production et des échanges mondiaux, quelles implications politiques », in Rev. int. trav. 2004, vol.143 précité, p. 45 s., spec.89-90.

(34) Notamment la « Charte des droits sociaux dans le monde de Renault » (12 oct. 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 54), la charte des droits sociaux de EADS, 28 juin 2005, l'accord sur la responsabilité sociale au niveau mondial de EDF, 2005, l'accord sur les droits sociaux fondamentaux de Arcelor, 2005, l'accord *Rhodia* du 21 juin 2005...

(35) v. sur ce point M.A. Moreau, op. cit. p. 340 s.

(36) Communication au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Promouvoir un travail décent pour tous – la contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde » COM (2006) 249 final – et le document annexe SEC(2006) 643/2.

(36 bis) Reproduite au Dr. Ouv. 1990 p. 131.

(37) Selon l'article 136 TCE, la Communauté et ses Etats membres sont « conscients » des droits sociaux fondamentaux tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne et la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

(38) TGI Nanterre 4 avril 1997 et Cour d'appel Versailles 7 mai 1997, Dr. soc. 1997.493, obs. A. Lyon-Caen et chr. M.-A. Moreau, Dr. soc. 2002.1112.

(39) CJCE 9 sept. 2003, Landeshauptstadt Kiel c/Jaeger, aff. C-151/02, Europe 2003, com. 358, L. Idot, déduisant de la Charte au point 47 que « tout travailleur de la Communauté doit bénéficier dans son milieu de travail de conditions satisfaisantes de protection de la santé ainsi que de la sécurité et qu'il a droit au repos hebdomadaire dont les données dans les Etats membres doivent être rapprochées dans le progrès conformément aux pratiques nationales ».

(40) D'abord CJCE 26 juin 2001, Bectu, aff. 173/99, puis CJCE 16 mars 2006 aff. C-131/04 et C-257/04, CJCE 6 avril 2006, aff. C-124/05, Dr. Ouv. 2006.365 obs. M. Bonnechère.

droits sociaux la jurisprudence de la CJCE faisant pénétrer les droits fondamentaux dans le droit communautaire par le biais des principes généraux. On le sait, dans la construction de ceux-ci, la Convention européenne des droits de l'Homme « *revêtu une signification particulière* » au point que certains arrêts (41) sont proches d'une mise en œuvre directe de la convention EDH. Mais la question se pose de savoir si les droits sociaux ont acquis le même statut que les droits de l'Homme. L'arrêt *Parlement c/Conseil* du 29 juin 2006 va déjà dans le sens de l'intercomplémentarité des normes internationales et européennes relatives aux droits fondamentaux (42). L'on peut souhaiter que ce mouvement comprenne désormais les conventions de l'OIT jusqu'à présent exceptionnellement visées par la CJCE (43).

Reste aussi à savoir si la Cour de Justice fera, le cas échéant (44), prévaloir la protection d'un droit social fondamental sur les libertés économiques garanties par le traité, au même titre qu'elle a magistralement déclaré prioritaire la liberté d'expression (et de manifestation) sur la libre circulation des marchandises (41). Une lecture « cohérente » du Traité (45) et des dispositions du droit dérivé (46) militent en ce sens.

Dans un monde où les salariés sont mis en concurrence par la globalisation de l'économie, la construction d'un droit commun (47) relatif aux droits sociaux fondamentaux est seule susceptible de faire

obstacle à leur marchandisation. En précisant que cette promotion de la personne du travailleur ne renvoie nullement en elle-même à un droit du travail réduit ou plus flexible (48), ou à l'affaiblissement des droits collectifs. Ce qu'il y a de novateur dans le concept de travail décent mérite précisément d'être approfondi.

C. Le concept de travail décent

Le travail décent est « *à la fois un objectif personnel pour les individus et un objectif de développement pour les Etats* » (49). Pour chaque personne, le travail décent est celui qui permet une vie décente, d'où une approche juridique renouvelée de la catégorie « travail ». Au plan des Etats, l'objectif fait prévaloir l'éthique sociale sur le droit positif.

1° « Gagner sa vie » par le travail

Dans l'idéal, le travail décent est « *l'activité qui assure liberté, sécurité, dignité et équité à qui le réalise en fonction des critères individuels et collectifs de l'être humain concerné* ».

C'est, en écho, l'article 23 de la DUDH (50), ensuite repris par les articles 6 et 7 du Pacte du 16 décembre 1966 sur les droits économiques, sociaux et culturels. A noter que dans la DUDH comme dans le Pacte (article 7), seule la rémunération du travail est définie comme devant assurer une existence décente (ou conforme à la dignité humaine) non seulement au travailleur, mais à sa famille.

(41) CJCE 12 juin 2003, E. Schmidberger et Rép. d'Autriche, aff. C-112.00, Rev. trim. dr. H. 2004.436, obs. C. Vial, Dr. Ouv. 2004.394, note M. Bonnechère.

(42) CJCE 29 juin 2006, *Parlement c/Conseil*, aff. C-540/03, Dr. Ouv. 2006.556. L'arrêt comporte une intéressante référence à la convention sur les droits de l'enfant (1990) pour l'interprétation et la mise en œuvre de la directive 2003/86 sur le regroupement familial, et réserve aussi « les dispositions plus favorables » de la Charte sociale européenne (la Charte de 1961 et la charte révisée de 1996).

(43) CJCE 14 juillet 1981, *Oebel* aff. 155/80 rec. p. 1993. A l'appui du constat qu'existe un choix de politique économique et sociale légitime (limitation du travail de nuit dans les boulangeries) l'arrêt mentionne la Convention OIT n° 20. Sur un cas de conflit entre une ancienne convention de l'OIT et la directive 96/207, v. CJCE 1^{er} févr. 2005, aff. C-203/03, Dr. Ouv. 2006.52.

(44) Certaines affaires sont en cours devant la CJCE, mais elles nécessitent une analyse plus précise que les présentations qui en ont été faites. L'affaire *Vaxholm* (nom d'une île suédoise sur laquelle une entreprise lettonne ayant remporté un appel d'offre pour la construction d'une école avait détaché des ouvriers russes et lettons), par exemple, ne paraît guère opposer liberté de prestation de services et droit à la négociation collective mais plutôt poser le problème d'un éventuel conflit entre le droit pour un syndicat de bloquer un chantier après l'échec de négociations salariales (concernant le chantier des travailleurs détachés) avec les règles du marché unique, et de l'articulation entre les droits nationaux et la directive. Dans un avis du 31 janvier 2006, la Commission a pris position en faveur de la thèse du syndicat suédois du bâtiment *Byggnads* sur l'applicabilité des conventions collectives locales aux salariés détachés. Elle s'est pour cela appuyée sur la Directive 96/71 sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, estimant toutefois que la Suède ne

pouvait pas obliger les salariés détachés à adhérer à un syndicat. La CJCE devra préciser la portée des dispositions de la directive 96/71 (art. 3 §7 et 10) permettant à l'Etat d'accueil d'appliquer des conditions d'emploi plus favorables ou des règles d'ordre public en allant au delà de la directive.

(45) Selon l'expression de la Cour de Justice dans les arrêts *Albany*, CJCE 21 sept. 1999, aff. C-115/97 à C-117-97, Dr. Ouv. 2000.137, obs. M. Bonnechère. V. L. Idot « Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou cohabitation », Europe nov. 1999.3.

(46) Le règlement 2679/98 du 7 décembre 1998 sur le fonctionnement du marché intérieur en matière de libre circulation des marchandises permet à la Commission de demander aux Etats d'assurer ladite libre circulation mais réserve expressément le droit de grève (JOCE n° L. 337 du 12 décembre 1998).

(47) M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; M. Bonnechère, « Droits fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe », SSL n°s 1187 et 1188 2004.

(48) I. Meyrat « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations du travail : pour une approche critique » in *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2004, spec. p. 56-57.

(49) J. Somavia, rapport 1999, I, 1.1.

(50) Déclaration universelle des droits de l'Homme, 1948, art. 23 : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage. Tous ont droit sans aucune rémunération à un salaire égal pour un travail égal. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale ».

Avec le « travail décent », l'OIT appréhende plus largement les rapports entre travail et vie personnelle ou familiale : non seulement le travail, dans toutes ses composantes (conditions de travail, rythmes, droits individuels et collectifs), doit permettre une vie décente, mais celle-ci inclut la possibilité de concilier travail et vie de la personne sous tous ses aspects (respect de la vie familiale, droit de scolariser les enfants, ainsi que liberté d'association et syndicale, droit d'être représenté dans le dialogue social.).

Cette perspective est celle de l'indivisibilité des droits de l'Homme au travail. Il faut en effet rapprocher le concept de travail décent de certains arrêts de la Cour de Strasbourg retenant l'article 8 de la Convention EDH pour assurer la protection du droit de gagner sa vie par le travail, dans le prolongement d'une jurisprudence selon laquelle le droit au respect de la vie privée (et familiale) protège aussi « *le droit de l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* » (51). Le droit de gagner sa vie par le travail est « *une composante de la vie privée professionnelle* » soulignent Jean-Pierre Marguénaud et Jean Mouly (52), relevant que, pour les travailleurs indépendants, la Cour EDH en a fait un « bien » auquel est applicable la protection du protocole additionnel n° 1 article 1^{er}, donc du droit de propriété, et soulignant la révolution que représenterait l'application du protocole n° 1, art. 1^{er}, à l'emploi salarié. Cette jurisprudence mérite d'être connue car elle perturbe quelque peu l'idée simpliste selon laquelle la « sécurisation des parcours professionnels » justifie que l'on cesse de protéger l'emploi occupé par le salarié (v. *infra*, II C).

Gagner sa vie par le travail, avec tout le poids de ces termes. Le travail décent conditionne le respect de la dignité de la personne au travail, droit fondamental proclamé par la Charte sociale européenne (53) comme par la Charte de l'Union européenne (54). Selon la Cour de Luxembourg, d'autre part « *l'ordre public communautaire tend indéniablement à assurer le respect*

de la dignité humaine en tant que principe général du droit » et autorise à ce titre des entraves aux libertés économiques du marché (55), ce qui vient à l'appui de la contribution communautaire évoquée (*supra* B).

Si évidemment les conditions matérielles d'exécution du travail ne doivent pas être « déshumanisantes », le travail décent est celui dans le cadre duquel le respect des droits fondamentaux du travailleur est garanti, et l'on ne saurait trop rappeler que parmi les huit conventions « de base » de l'OIT figurent celles relatives à la liberté syndicale et au droit de négociation collective. Dans la perspective du travail décent la dignité du salarié est fondatrice de droits, et de libertés individuelles et collectives.

2° Des droits postulés

La référence au concept de travail décent, défini comme « *but fondamental* » (56), est révolutionnaire non seulement par l'ambition du projet, qui vise à côté des salariés, tous les travailleurs, aussi bien travailleurs indépendants que travailleurs du « secteur informel » de l'économie (v. *infra*), mais surtout en raison de la relation qu'elle implique entre l'éthique sociale, l'économie, et l'ordre juridique. « *Les droits peuvent être regardés ainsi comme antérieurs à leur consécration juridique et non postérieurs* », écrit A. Sen (57), proposant de postuler certains droits comme « *des droits fondamentaux dans toute société qui se respecte* » dans une démarche s'appuyant sur « *des revendications éthiques qui transcendent l'ordre juridique* ».

Nous sommes (doublement) à l'opposé des courants de pensée prétendant mesurer l'efficacité économique du droit. D'une part, avec l'optique du « travail décent » « *la discipline économique redevient ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être : une science de la vie ordonnée au développement humain* », selon l'enseignement de H. Bartoli (58), qui définit le principe d'économicité par référence à « *la couverture des besoins du statut humain de la vie* » (59) et récuse toute dissociation de

(51) Selon le célèbre arrêt Niemetz c/Allemagne du 16 décembre 1992 (*Grands arrêts de la CEDH*, F. Sudre et autres, PUF 3^e éd. 2005, n° 44).

(52) J.P. Marguénaud et J. Mouly, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme », D. 2006, chr. p. 477. Les auteurs soulignent que dans l'état actuel de la jurisprudence, les salariés bénéficient du droit de gagner leur vie par le travail par le relais de l'article 8 CEDH (arrêt Sidabras et Dziautas c/Lituanie du 27 juillet 2004, JCP 2005.I.103, obs. F. Sudre) alors que les travailleurs indépendants peuvent se prévaloir exclusivement du protocole n° 1, article 1^{er} (Lallement c/France du 11 avril 2002, cas de l'agriculteur exproprié dont l'indemnité doit lui permettre, au delà de la valeur marchande de sa terre, d'acquiescer une nouvelle exploitation viable ; et Dogan c/Turquie, JCP 2004.I.161).

(53) Charte sociale européenne révisée du Conseil de l'Europe, du 3 mai 1996, art. 26, « droit à la dignité au travail », (déc. 4 févr. 2000, JO du 12), reproduite au Dr. Ouv. 2004, 61.

(54) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 18 déc. 2000, article 31 reproduite au Dr. Ouv. 2001, 105.

(55) CJCE 14 octobre 2004, Omega Spielhallen, aff. 36/02. admettant au nom de la protection de l'ordre public (qui ne peut être défini unilatéralement par les Etats mais dont les mesures de protection peuvent varier selon les Etats) et par référence aux droits fondamentaux, l'interdiction de jeux de simulation d'actes homicides, comme entrave justifiée à la liberté de prestation de services.

(56) Rapport Somavia 1999.

(57) article cité note 30, p. 133.

(58) H. Bartoli, *L'économie, service de la vie*, PUG 1996, spec. p. 154-160 ; *L'économie multidimensionnelle*, Economica, 1991.

(59) « *Le principe d'économicité, clef de la rationalité économique, reçoit ainsi un contenu précis : la recherche pleine de la couverture des besoins du statut humain de la vie tels qu'ils s'expriment et croissent dans la communauté historique au gré de la civilisation et de la culture, pour tous, et, prioritairement, pour les plus pauvres, aux moindres coûts humains, écologiques, et instrumentaux en englobant dans cette dernière catégorie les coûts matériels et les coûts financier* », H. Bartoli, *L'économie, service de la vie*, précité, p. 154.

l'économie et du social (60). D'autre part, l'ordre juridique se voit subordonné non à un principe d'efficacité « marchande » mais à un objectif rattaché à un modèle d'organisation sociale. Rappelons que l'« efficacité » du Code du travail recherchée par la Commission de Virville est un concept obscur dont les critères n'ont pas été précisés (61), et que les effets « fondamentalement antiéconomiques » des revirements de jurisprudence dénoncés par le rapport de la commission Molfessis (62) n'ont pas fait l'objet de définition, mise à part la référence au « calcul » économique, au « coût » d'un acte, au « fonctionnement d'un marché rationalisé ». Il est intéressant de rapprocher la réaction assez exceptionnelle du président Sargos à ce dernier rapport (63) de celle de l'association Henri Capitant aux rapports de la Banque mondiale (64) prétendant identifier les cadres légaux les meilleurs pour le développement économique. La primauté des droits fondamentaux de la personne sur un principe de sécurité juridique interprétée au sens de sécurité des transactions est affirmée par le président de la Chambre sociale, et les idées que « *le contrat de travail n'est pas un bargain comme les autres contrats* » et que « *le droit civil doit considérer les rapports humains autant que les échanges économiques, assurer la paix sociale autant que la prospérité économique* », sont opposées par l'association H. Capitant à la perspective du « *Doing business* ».

Clairement l'optique du travail décent met en évidence aussi bien les divergences entre l'analyse économique dominante et « l'économie multidimensionnelle » (65)

que les clivages de la doctrine juridique. Celle-ci est divisée sur les rapports entre la règle de droit et les valeurs qui la sous-tendent. La pensée majoritaire, y compris chez les juristes « travaillistes » a tendance à situer en dehors de la science du droit la référence à des principes d'éthique et de justice (66).

La dimension universelle du travail décent conduit à des impératifs perturbateurs pour les droits du travail. La déclaration de Philadelphie (67) faisait déjà référence à la dignité de tous les êtres humains, en établissant un lien avec les droits sociaux. L'on peut raisonner en termes de « capacités » des personnes (68) à apporter quelque chose à la collectivité si on leur en donne les moyens, mais la notion de « décence » a une grande force : elle « *suggère que les relations humaines ne se réduisent pas à l'idéologie utilitariste, que l'on doit y introduire une dimension éthique* » (69). Pour le juriste, l'optique du travail décent se distingue de l'approche positiviste.

3° Des critères ?

L'analyse des instruments juridiques relatifs aux droits sociaux fondamentaux n'est pas suffisante. La recherche des critères du travail décent s'impose, sachant qu'ils varient sans doute en partie selon les stades du développement d'un pays. Seuls des économistes ont effectué des recherches approfondies sur ce que pourraient être des « indicateurs », dans une perspective comparative, et leurs propositions reposent sur des méthodes différentes. Telle étude veut évaluer les déficits de travail décent et vise comme indicateurs le chômage, la non scolarisation des enfants, la faible rémunération

(60) « *Immergé dans le social, l'économique doit recevoir de lui ses fins, ses objectifs, ses règles, et non l'inverse. Pour qui parle le langage de l'économie au service de la vie, toute primauté de l'économie au mépris de sa vraie nature, toute proposition de l'économie « sociale » comme alternative, toute dissociation de l'économie et du social doit se voir opposer un refus absolu. La relation qui les unit change alors profondément de sens* » (H. Bartoli, op. cit. p. 299).

(61) Rapport « Pour un Code du travail plus efficace », de la commission présidée par M. de Virville, remis au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité en janvier 2004, La Documentation Française ; sur ce rapport v. les analyses de M.F. Bied-Charreton et P. Rennes Dr. Ouv. 2004 p. 161.

(62) Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Commission présidée par N. Molfessis remis au premier Président de la Cour de cassation en novembre 2004 « ...les revirements peuvent remettre en cause par série des actes ou des agissements dont l'adoption volontaire reposait sur un calcul économique (...) il crée donc un coût *a posteriori*... » ; sur ce rapport v. le numéro spécial d'avril 2005 du *Droit Ouvrier*.

(63) P. Sargos « L'horreur économique dans la relation de droit », Dr. soc. 2005.123.

(64) « Les droits de tradition civiliste en question. A propos des rapports « Doing business » de la Banque mondiale », association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, 2006. Cette étude, après avoir souligné la filiation des rapports 2004 ; 2005 (et 2006) avec l'école de la « law and finance », met en cause le postulat de départ (le cadre légal d'une économie en

conditionne le développement) en le relativisant, et la méthode (recours aux modèles économétriques), la vérification des thèses avancées sur l'efficacité comparée des cadres légaux *in vivo* étant impossible. Elle affirme (p. 127) que le droit français « *ne cherche pas l'efficacité économique pour elle-même, à tout prix et à court terme, mais se veut fondateur d'un modèle de société durable* ».

(65) v. note 59.

(66) Position dénoncée par A. Supiot dans son ouvrage *Homo Juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.1. On connaît l'opposition entre M. Troper et D. Lochak à propos des lois de Vichy dont tout enseignement d'introduction au droit devrait permettre la lecture : D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », CURAP-PUF, Paris 1990, p. 252 (ce texte est en libre accès à l'adresse suivante : www.anti-rev.org) et M. Troper, « La doctrine et le positivisme, à propos d'un article de Danièle Lochak ».

(67) Déclaration de Philadelphie, adoptée par la conférence de l'OIT le 10 mai 1944. qui vise « *le progrès matériel et le développement spirituel dans la liberté et la dignité* » pour tous les êtres humains, en rapport avec les droits sociaux et le programme de l'OIT.

(68) Rapport de la commission présidée par A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, ch. VII (Flammarion 1999).

(69) J. Servais, « Politique de travail décent et mondialisation : réflexions sur une approche juridique renouvelée », Rev. int. trav., 2004, 1-2 vol. 143, p. 203.

horaire, la durée du travail excessive (70). Telle autre propose de mesurer le travail décent à partir d'indicateurs de sécurité : sécurité du marché du travail, de l'emploi, sécurité professionnelle (et du maintien des qualifications), sécurité au travail, sécurité du revenu, sécurité de la représentation (71). Dans cette seconde étude, des indices statistiques sont agrégés à des « indicateurs institutionnels » incluant le contenu des législations nationales pertinentes. Il est à noter que la sécurité économique est visée par la déclaration de Philadelphie au même titre que la dignité de tout être humain.

L'une des rares études juridiques sur l'action normative dans l'objectif du travail décent concerne la Sécurité sociale. Elle ne pose pas la question des critères, A. Supiot estimant que le concept de travail décent « *n'est pas une catégorie juridique opératoire, mais plutôt un guide que l'OIT s'est donné depuis 1990 pour orienter son action* » (72), tout en insistant sur l'importance des « *principes directeurs de la Sécurité sociale* », en premier lieu du principe de dignité visé notamment par la Charte européenne des droits fondamentaux (73). Lorsqu'il examine les méthodes d'action normative, l'auteur propose essentiellement un dispositif contractuel, des accord nationaux d'extension de la Sécurité sociale

conclus entre l'OIT et un Etat concerné, auxquels d'autres organisations internationales pourraient se joindre, de tels accords cadres devant prévoir l'évaluation des politiques d'extension (74). La « *conception normative des indicateurs* » ne renvoie pas à des critères juridiques mais à une procédure d'élaboration des indicateurs avec la participation des parties intéressées, et relève donc plutôt de la sociologie des politiques publiques. Le grand intérêt de l'étude citée est dans la recherche d'une méthode d'appréhension des secteurs informel, indépendant et semi-dépendant par « l'action normative » en matière de sécurité sociale, notamment dans les pays en développement (75).

La présente étude repose sur la conviction que l'action normative est un outil indispensable pour mettre en œuvre le travail décent, lui donner une signification concrète, et qu'inversement le travail décent constitue « *un nouvel horizon* » pour l'action normative, un principe directeur débouchant en droit du travail sur un ensemble d'exigences adressées au législateur et aux négociateurs, une méthode d'interprétation ensuite. Cette orientation, affirmée clairement pour l'action de l'OIT (76), correspond aussi à une optique nouvelle pour les droits du travail. L'on tentera donc d'en explorer et préciser les principales implications.

II. Implications du travail décent en droit du travail

Il revient au droit du travail de définir le contenu du travail décent, en ayant pour guide le principe de dignité de la personne humaine. Les huit conventions sélectionnées par la Déclaration sur les droits fondamentaux au travail de 1998 (*supra*) imposent aux législations du travail comme aux institutions susceptibles d'être saisies et aux entreprises le respect de principes-règles autour de quatre lignes : l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants, le respect des droits d'action collective (liberté syndicale et négociation collective), et la lutte contre les discriminations. Le silence

de la déclaration sur la protection de la santé au travail peut être regretté, mais le concept de travail décent renvoie lui même à la protection de l'intégrité physique et mentale du travailleur et plus largement aux droits de l'Homme au travail.

L'optique du travail décent comporte des exigences à la fois de protection contre la dégradation et la réification de celui-ci, et de direction en matière de contrôle des prérogatives patronales (77), mais elle vaut également au stade de la recherche d'emploi et concerne les institutions intervenant sur le marché du travail (A).

(70) « Sept indicateurs pour mesurer le travail décent : une comparaison internationale », D. Bescond, A. Chataignier, F. Mehran, Rev. int. trav. 2003, vol. 143 précité, p. 195.

(71) « Une famille d'indicateurs du travail décent », F. Bonnet, José B. Figueiredo, G. Standing, *idem*. p. 232.

(72) A. Supiot, conclusion du n° spécial précité de la Semaine sociale Lamy (Sécurité sociale et travail décent), spec. p. 92.

(73) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 1, « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

(74) A. Supiot, n° spec. SSL précité, « Esquisse d'un accord-cadre relatif à l'extension de la protection sociale » p. 91. L'auteur propose d'adopter « *une conception normative des indicateurs, qui accorde toute sa place à l'idée d'évaluation c'est-à-dire qui réfère explicitement toute mesure aux valeurs*

que cette mesure doit aider à mettre effectivement en œuvre » (loc. cit. p. 98).

(75) V. not. F. Meknassi, « L'extension de la sécurité sociale dans les pays en développement » n° spécial SSL précité p. 57 et aussi l'étude de S. Deakin et M. Freedland, p. 27.

(76) Rapport du Directeur général à la 89^e session de la conférence OIT, juin 2001, 3.2.

(77) Dans sa thèse sur *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, Brigitte Van-Rompu distingue la dignité de la personne humaine comme principe de protection contre toutes les formes d'asservissement, de dégradation et d'exclusion, et comme principe directeur notamment dans la recherche d'un critère de légitimité des prérogatives patronales, eu égard à leur effet, thèse dactyl. soutenue à Lille II le 11 décembre 2006.

Deux axes de l'action normative, mis en valeur par l'OIT, s'imposent ensuite : la qualité du travail, d'une part, et la sécurité dans et par le travail (appelée éventuellement sécurité socio-économique) (78). Ces thèmes directeurs doivent avoir des conséquences sur l'encadrement juridique de l'emploi par la législation sociale (B), mais également mettre en évidence les finalités du contrat de travail (C).

A. L'accès à un travail dans des conditions de liberté, d'équité et de dignité

a) La liberté d'accéder à un travail décent et productif, objectif de l'OIT, se traduit peu, dans les pays européens dont le droit du travail est développé, par une lutte contre le travail forcé ou le travail des enfants. Encore faudrait-il nuancer l'appréciation relative au travail forcé en évoquant la violence économique, pouvant conduire à un asservissement proche de l'esclavage le salarié victime d'un « *abus du lien de subordination* » (79). Comme l'a justement exposé C. Willman, la liberté du travail est un enjeu de la notion d'esclavage moderne (80), dont la répression fait référence à des critères de vulnérabilité (81). Il importe aussi de ne pas oublier les problèmes posés par le travail pénitentiaire, travail volontaire mais ne faisant pas l'objet d'un contrat de travail selon les termes mêmes du Code de procédure pénale (82), d'où un niveau de rémunération pouvant évoquer l'abus de la vulnérabilité et de la situation de dépendance d'une personne par l'obtention de services dont la rétribution est sans rapport avec l'importance du travail accompli (83). Quant à la lutte contre le travail des enfants, le décret du 13 janvier 2006 relatif au travail de nuit des jeunes travailleurs et apprentis de moins de dix huit ans, conjugué avec l'instauration d'un contrat d'apprenti junior (dès quatorze ans) lui a redonné de l'actualité en France (84).

b) Mais la liberté du travail est peut être aussi à confronter, à la lumière du concept de travail décent, au fameux contrôle des demandeurs d'emploi. L'inspiration même de la réforme opérée par la loi du 18 janvier 2005 et le décret du 2 août 2005 (85) suscite la réflexion : l'idée que le chômeur est tenu d'une contrepartie plus ou moins rigide (hard ou soft) (86) en travail correspond davantage à l'assistance qu'aux techniques de l'assurance chômage (les cotisations créent des droits ?) et ne convient pas du tout pour le demandeur d'emploi non indemnisé, pourtant tenu des mêmes obligations.

La référence au travail décent doit ensuite permettre d'apprécier la redéfinition de l'obligation de recherche active d'emploi. Sous peine d'encourir sa radiation de la liste des demandeurs d'emploi, et, s'il est indemnisé, la suspension du service des prestations du régime d'assurance chômage ou du régime de solidarité, le travailleur privé d'emploi doit accomplir des actes positifs « *et répétés* » en vue de retrouver un emploi (ou de créer ou reprendre une entreprise). Selon le nouvel article L. 311-5 du Code du travail, sont radiés ceux qui « *refusent d'accepter un emploi, quelle que soit la durée du contrat de travail offert, compatible avec leur spécialité ou leur formation, leurs possibilités de mobilité géographique compte tenu de leur situation personnelle et familiale et des aides à la mobilité qui leur sont proposées et rétribué à un taux de salaire normalement pratiqué dans la profession et la région* ». La loi comprend désormais dans la formation du demandeur d'emploi celle qui est acquise pendant la période de chômage, et tient compte des aides à la mobilité proposées pour l'appréciation des possibilités de mobilité géographique.

Une première question concerne les pressions dont risque de faire l'objet le demandeur d'emploi dès lors que la réforme transfère aux Assedic, organismes payeurs, un

(78) Cf. le « programme focal du BIT sur la sécurité économique », 1999.

(79) « La violence économique : une nouvelle forme d'esclavage ? », S. Wdowiak, SSL supplément 2 mai 2005, p. 29 (remarquable numéro spécial sur la violence économique, sous la direction de C. Willmann).

(80) C. Willman, « La liberté du travail, un enjeu majeur de la notion d'esclavage moderne », SSL, n° précité, p. 19.

(81) Sur la situation de stagiaires v. Crim. 3 déc. 2002, RPDS 2003.177. Sur la prise en compte de la situation de l'emploi, Crim. 4 mars 2003, RJS 6/2003, n° 702 et M. Bonnechère, « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Dr. Ouv. 2003.453, spec. p. 459-60.

(82) Code de procédure pénale, article 717-3.

(83) « Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail », G. Giudicelli-Delage et M. Massé, Dr. soc. 1997.344.

(84) Pris en application de l'article L. 213-7 C. trav., le décret 2006-42 du 13 janvier 2006 énumère six secteurs dans lesquels l'inspecteur du travail peut accorder une dérogation à l'interdiction du travail de nuit pour les jeunes travailleurs et apprentis âgés de moins de dix huit ans. Alors que la

réglementation antérieure (anciens articles R117 bis-1s) ne traitait que des apprentis boulangers de seize à dix huit ans, il n'est pas question dans le décret, qui élargit le champ des dérogations, de dispositions spécifiques pour les apprentis d'un âge inférieur à 16 ans... Plusieurs députés s'étaient élevés contre cette évolution lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 31 mars 2006 dite « pour l'égalité des chances », dans laquelle ils auraient voulu inscrire des limites.

(85) La loi de cohésion sociale a modifié le régime du contrôle de la recherche d'emploi et celui des sanctions prononcées à l'encontre des chômeurs indemnisés (articles L. 311-5 et L. 351-17 C. trav.) ; le décret 2005-915 du 2 août 2005 a mis en œuvre ces dispositions en modifiant les articles R. 311-3-4 et suivants C. trav.

(86) Aux USA, le bénéficiaire de l'assistance aux chômeurs doit des heures de travail à la collectivité (« work to welter ») on parle du principe du « hard workfare », qui peut devenir « softworkfare » si la contrepartie est autre. Pour une étude de la réforme en France, « Assurance chômage et placement : la difficile consécration du *soft workfare* », C. Willman, JCP, S, 29 nov. 2005, 1368.

pouvoir de sanction (87). Le rapport Marimbert avait exprimé des craintes : «...à la logique du « qui paie décide » s'oppose chez beaucoup d'acteurs sociaux la crainte d'une logique purement financière qui conduirait à utiliser la possibilité d'une suppression de l'indemnisation comme un levier pour forcer la main aux personnes et les conduire à devoir accepter de forts déclassements professionnels ou des contraintes de mobilité déchirantes au nom d'un primat de la reprise la plus rapide possible d'emploi, qui masquerait la réalité d'une froide arithmétique financière » (88). Dans l'accompagnement renforcé des demandeurs d'emploi qui doit résulter de la convention Etat-ANPE-UNEDIC signée le 5 mai 2006, la logique des institutions, malgré leur « rapprochement opérationnel » (89) pourra ne pas être la même, ainsi que l'exposait récemment un rapport du CERC (90), l'ANPE se préoccupant peut-être davantage de la qualité de l'emploi que les organismes d'assurance chômage participant désormais au processus de reclassement.

Une seconde question est relative à la situation particulière faite aux chômeurs de longue durée en matière de « refus d'emploi » notamment par la circulaire d'application du décret du 2 août 2005 (91). Après avoir rappelé que pour statuer sur un refus d'emploi il faut tenir compte de la situation spécifique du demandeur d'emploi, décrite dans le projet personnalisé d'accès à l'emploi, le ministère du Travail poursuit : « Pour les offres d'emploi qui s'éloigneraient de la cible définie initialement, il convient de tenir compte de l'ancienneté dans le chômage : ainsi, un demandeur d'emploi depuis plus de six mois, ou a fortiori depuis plus de douze mois, doit envisager plus facilement une réorientation s'il apparaît que celle-ci est nécessaire compte tenu des caractéristiques du bassin d'emploi ». Derrière l'explicite (le chômeur de longue durée n'a pas les mêmes possibilités de refus d'emploi), l'implicite : peut-être le chômeur de longue durée a-t-il fait l'effort d'une nouvelle formation, peu importe. Comme le demandaient avec lucidité deux auteurs évoquant « l'émergence du concept d'employabilité » (92) : « l'affaiblissement de l'exercice du

droit de refuser un emploi non convenable ne comporte-t-il pas le risque de dévaloriser dans le travail les efforts de qualification effectués par les chômeurs » ?

Si un thème devrait être abordé dans le cadre d'un « dialogue social » véritable, n'est-ce pas celui de « l'emploi convenable », et la définition de l'offre convenable ?

B. L'emploi et la « modernisation du droit du travail »

« A mesure que les marchés du travail deviennent plus flexibles, les entreprises demandent à être libres d'ajuster leur main-d'œuvre et les conditions d'emploi aux conditions prévalant sur le marché. Elles soutiennent que les tentatives faites pour assurer aux travailleurs une plus grande protection accroissent leurs coûts, réduisent leur compétitivité et sapent leurs possibilités de créer des emplois. Beaucoup d'employeurs souscrivent aux grands objectifs universels, tels que la non-discrimination ou l'élimination du travail des enfants, mais ils sont moins unanimes lorsqu'il s'agit d'autres normes du travail », constatait le rapport Somavia en 1999 (93).

Le thème de la « modernisation du droit du travail » est aujourd'hui rattaché au fait que « les marchés du travail européens doivent relever le défi de la conciliation d'une flexibilité accrue avec la nécessité d'offrir à tous le maximum de sécurité » (94). Un premier élément de la situation concerne ce que l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale désigne comme « le développement de la pauvreté en emploi » (95) : « la notion de travailleur pauvre désigne un individu qui a travaillé au moins une partie de l'année, mais n'a pu retirer de ce travail des ressources suffisantes pour assurer à son ménage un niveau de vie supérieur au seuil de pauvreté ». Plus encore que le seul niveau de rémunération, la situation sur le marché du travail est un déterminant de la pauvreté : « l'emploi ne protège pas à lui seul de la pauvreté », est en cause la qualité de l'emploi. La succession de contrats de courte durée et de « basse qualité » (96) allant de pair avec une protection

(87) L'Assedic peut à titre conservatoire suspendre le versement du revenu de remplacement ou en réduire le montant. Le dossier est transmis au représentant de l'Etat qui se prononce sur le maintien de la décision après consultation une commission composée de représentants des Assedic et de l'ANPE. Sur l'encadrement du pouvoir de sanction, v. X. Prétot, « Le contrôle des demandeurs d'emploi – à propos du décret 29005-915 du 2 août 2005 », Dr. soc. 2005, 1179.

(88) J. Marimbert, *Rapport au Ministre des Affaires sociales, du travail et de la sécurité sociale sur le rapprochement des services de l'emploi*, Janvier 2004, spec. p. 96.

(89) M. Véricel, « La convention Etat-ANPE-Unedic du 5 mai 2006 : un accompagnement renforcé des demandeurs d'emploi, mais pas de véritable réorganisation du service public de l'emploi », Dr. Soc. 2006.900.

(90) CERC (Conseil de l'Emploi, des Revenus et de la Cohésion sociale), rapport n° 6, nov. 2005, *Aider au retour à l'emploi*, La Documentation française.

(91) Circulaire DGEFP n°2005-33 du 5 septembre 2005, relative à la réforme du suivi de la recherche d'emploi. JCP, ed. sociale n° 14 du 27 sept. 2005.4.

(92) Y. Chassard et A. Bosco, « L'émergence du concept d'employabilité », Dr. soc. 1998.903 s., spec. p. 909.

(93) Rapport Somavia 1999 précité.

(94) Livre Vert, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*, Communication de la Commission européenne du 22 novembre 2006 (www.europa.eu).

(95) Rapport 2005-2006 de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale, La Documentation française, spec. p. 66 s.

(96) Y. Lhorty, *La qualité de l'emploi*, La Découverte, Repères 2006.

sociale insuffisante (elle même construite pour les vrais emplois) crée la « précarité ». Des rapports, en France (97) et dans l'Union européenne (98), ont insisté sur le développement d'un marché du travail à deux vitesses (99), distinguant les travailleurs ayant un emploi permanent et ceux qui n'ont pas d'emploi, ont un contrat précaire, ou un travail dans le « secteur informel ».

L'idée que des adaptations du droit du travail sont nécessaires pour favoriser le développement de l'emploi avait conduit en 1984 à une longue négociation sur la « flexibilité », soldée finalement par un échec, et traitant déjà des conditions du licenciement économique, de l'accès aux contrats à durée limitée, etc. (100). L'engouement actuel pour le thème de la « flexisécurité », fait perdre de vue l'essentiel : dans les pays nordiques pris en « modèle » (Danemark) un pacte fondateur lie l'Etat et les partenaires sociaux sur la qualité des emplois lesquels doivent être des emplois qualifiés, et correctement rémunérés (101). La fameuse recherche d'équilibre exclut les « assouplissements » de la réglementation du travail qui ne seraient pas assortis de garanties pour le salarié. L'optique du travail décent impose d'exclure les adaptations du droit du travail envisageant les hommes comme « ressources » (le « capital humain ») ou moyens.

A cet égard, l'on ne peut qu'approuver la description par la Commission d'une « zone grise » occupée par les « exclus » (« outsiders ») du marché du travail, où droits fondamentaux du travail et protection sociale sont réduits à peu (102), tout en étant circonspect face à l'idée que pour répondre à la progression des contrats atypiques « *il serait peut-être nécessaire d'examiner le degré de*

flexibilité prévu par les contrats standards pour que ceux-ci soient davantage en mesure de faciliter le recrutement, le maintien et la progression sur le marché du travail » (103). Le Livre vert vise certes la recommandation 198 de l'OIT sur la relation de travail et semble ouvrir des perspectives sur la question du « travail économiquement dépendant », mais, silencieux sur l'agenda du travail décent (104), il omet aussi toute référence aux normes internationales et européennes, pourtant peu nombreuses à traiter du contrat ou de la relation de travail.

1° Le travail subordonné

Le thème de l'insécurité juridique, souvent invoqué par les entreprises face à la jurisprudence sociale, est abordé dans le Livre vert sous l'angle des tentatives de contournement du salariat (105) (le faux travail indépendant) et vise le travail économiquement dépendant, ou « para subordination » (106). La question des frontières du salariat, beaucoup étudiée avec les stratégies d'externalisation, pose d'abord le problème du rétablissement du (vrai) salarié dans ses droits, et l'on relève que semble avoir la faveur de la Commission la présomption (irréfragable) de salariat établie par une loi néerlandaise de 1999 (107), à l'opposé de la fameuse loi *Madelin* (108).

Pour combattre, là encore, la « zone grise », la recommandation 198 de l'OIT considère « *que la législation et son interprétation devraient être compatibles avec les objectifs du travail décent* ». Pour les travailleurs économiquement dépendants sans relever proprement du salariat, une même orientation est recommandée par l'OIT et envisagée par la Commission

(97) O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Doc. française, 2003 ; M. Camdessus, *Le sursaut, vers une nouvelle croissance pour la France*, La Doc. française 2004 ; P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Doc. française, 2004 ; Rapports du CERC, *Aider au retour à l'emploi et La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, La Doc. française, février et sept. 2005.

(98) Rapport de la task-force européenne pour l'emploi, présidée par Wim Kok, novembre 2003 ; Etude de B. Burchill, S. Deakin et S. Honey, « The employment status of individual in non standard employment », UH Dep. of trade and industrie, 1999.

(99) Déjà, il y a dix ans, R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard 1995, réed. Folio 1999.

(100) Une longue négociation collective (28 mai-16 décembre 1984) se traduit par un échec. v. not. G. Lyon-Caen, « La bataille truquée de la flexibilité » Dr. soc. 1985.801.

(101) Intervention de A. Lefèvre (DARES) au colloque « Flexicurité en France », précité.

(102) Livre vert précité note 94, p. 3.

(103) id. p.8.

(104) La Commission ne vise même pas sa propre Communication du 26 mai 2006, précitée.

(105) On citera notamment Th. Aubert-Monpeyssen, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de

la force de travail », Dr. soc. 1997.616 ; J.P. Chauchard, « La subordination du salarié, critère du contrat de travail », in *La subordination dans le travail*, dir. J.P. Chauchard et C. Hardy-Dubernet, Cahier Travail et Emploi, La Documentation française, 310 pages, spec. p. 19 s. ; A. de Senga, « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », Dr. Ouv. 2001.241.

(106) Sur cette question existe un rapport effectué en 2003 par A. Perulli pour la Commission européenne : « *Travail économiquement dépendant, para subordination : conséquences juridiques, sociales, économiques* » (www.europa.eu)

(107) Selon une loi néerlandaise de 1999 sur la flexibilité et la sécurité, un contrat de travail existe dès lors qu'un travail est effectué pour autrui en contrepartie d'une rémunération de la semaine ou pour vingt heures par mois pendant trois mois consécutifs.

(108) C'est une présomption de non salariat qu'a introduite loi *Madelin* du 11 février 1994 à l'article L. 120-3, abrogé par la loi Aubry du 19 janvier 2000 puis rétabli par la loi du 1^{er} août 2003 et élargi par la loi du 23 févr.2005. Il est clair depuis l'arrêt du 8 juillet 2003 (Bull. V n° 217, Dr. Ouv. 2004.81 n. A. de S.) que la Chambre sociale applique les mêmes critères du contrat de travail qu'auparavant, pour le renversement de la présomption.

européenne : celle d'un « socle de droits » (109) ou de « normes applicables à toutes les formes d'arrangements contractuels, y compris celles impliquant des parties multiples » (110). L'on peut concevoir de reconnaître à tout travailleur le droit à une rémunération au niveau du salaire minimum, aux temps de repos et de congés, au respect de la vie privée et familiale, mais aussi au droit syndical et au droit de grève.

L'importance persistante du lien de subordination comme fondement des garanties liées à la condition de salarié (et revendiquées), et celle de la « figure » du contrat de travail s'imposent toutefois. La subordination, condition de la qualification de contrat de travail, et support des droits du salarié (111). J. Le Goff a montré comment la reconnaissance du lien de subordination juridique par la Cour de cassation (112) a été l'amorce d'une nouvelle analyse du contrat de louage, ne portant plus sur des choses, le travailleur devenant sujet. Ph. Waquet (113) a évoqué le rapport entre cette « mise à nu » de la relation de travail et les libertés du salarié. Les faits attestent que dans les transports, le secteur bâtiment-travaux publics, sans oublier l'hôtellerie (114) ou les cadres-consultants, notamment, sont engagées des actions en requalification de prétendus contrat commerciaux de sous-traitance ou de prestation de services. L'on note que pour la Commission européenne la lutte contre « le faux travail indépendant » relève du plan national, ce qui laisse toute liberté aux droits nationaux pour faire la part des critères légaux et jurisprudentiels (115).

(109) Le livre vert pose une question : « est-il nécessaire de prévoir un « socle de droits » relatif aux conditions de travail de tous les travailleurs, indépendamment de la forme de leur contrat de travail ? Quelle serait, selon vous, l'incidence de ces obligations minimales sur la création d'emplois et la protection des travailleurs ? »

(110) Article 4, c de la recommandation 198.

(111) « L'employeur en question, les enjeux de la subordination pour les rapports de travail dans une société capitaliste », C. Didry et R. Brouté, in *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, H. Petit et N. Thévenot (dir.), La Découverte 2006, p. 47-70. v. aussi A. Jeammaud, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail ; à propos de l'arrêt Labanne », Dr. soc. 2001.227.

(112) J. Le Goff, *Du silence à la parole, droit du travail, société, Etat, 1830-1985*, éd. Calligrammes-La Digitale, p.76-77.

(113) Ph. Waquet, « Les pouvoirs de requalification du juge », Colloque du Syndicat des avocats de France, Dr. Ouv. 1997.122.

(114) A. de Senga, « Le recours à des techniques commercialistes afin de dissimuler une relation de travail salarié : méthodes et pouvoir du juge en matière de qualification », obs. sur Soc. 25 oct. 2005 et 23 nov.2005, Dr. Ouv. 2006.137.

(115) L'une de propositions de la Commission Virville était de reprendre dans la loi les critères du salariat, ce qui pourrait mettre en échec certaines requalifications (l'on sait que l'arrêt Labanne du 19 décembre 2000 n'a pas repris la définition du lien de subordination donnée par l'arrêt Société générale du 13 nov. 1996).

(116) A condition d'examiner en profondeur les données juridiques et sociales, comme l'ont fait à propos du Danemark D. Medda et A. Lefèvre dans leur communication au colloque pluridisciplinaire sur la « flexicurité » du 7 décembre 2006 (université de Marne-la-Vallée (www.univ-evry.fr/flexicurite-en-France)).

2° La justification du licenciement

Dans la recherche des réponses aux « défis de la mondialisation », l'approche comparatiste est légitimement prônée (116). Il serait paradoxal de tenir pour négligeable la teneur des normes internationales et européennes.

La Convention n° 158 de l'OIT (116 bis), découverte par beaucoup lors du conflit sur le CPE, et dont l'applicabilité directe a été admise tant par le Conseil d'Etat (117) que par la Cour de cassation (118), impose une règle : « un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement... » (119). L'obligation de motivation vaut pour toutes les causes de licenciement et n'est pas compatible avec l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat « nouvelles embauches », qui écarte, sauf en matière disciplinaire, les dispositions du code du travail concernant la procédure et la justification du licenciement, pendant les deux ans suivant la conclusion du contrat. Cette période dite de « consolidation » ne relève pas des dérogations autorisées par la Convention n° 158 (120), à moins de considérer que le « raisonnable » ne pose pas de réelles limites aux réglementations nationales (121).

L'exigence de justification de la rupture, d'autant plus logique lorsque celle-ci émane de la partie au contrat la plus forte, se rencontre aussi dans la Charte sociale européenne (122) et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (123). Avec la procédure préalable d'entretien contradictoire

(116 bis) Reproduite au Dr. Ouv. 1990 p. 478.

(117) CE 19 oct. 2005, D.2006, 629, n. Borenfreud ; JCP S, 2005, 1317, n. R. Vatinet ; Dr. Ouv. 2006.84, et G. Koubi, « L'ordonnance de l'incertitude sociale », p. 75 s.

(118) Soc. 29 mars 2006, JCP S 2006, n° 1427, n. R. Vatinet.

(119) « ...lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. » (article 4).

(120) L'article 2 §2 b permet aux Etats d'« exclure » de tout ou partie des dispositions de la convention « les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ».

(121) Sur « le raisonnable et le proportionné », v. P. Rodière, « Le contrat « nouvelles embauches » et les principes », SSL 2 oct. 2006, n° 1276, p.5-9.

(122) Charte sociale européenne, article 24.

(123) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 30 (*Protection en cas de licenciement injustifié. Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations nationales*). En l'absence de son intégration dans le traité, la Charte n'est jusqu'à présent visée dans ses arrêts par la Cour de Justice qu'à la suite du « législateur communautaire » (exemple : la directive 2003/86 sur le regroupement familial déclare respecter les principes de la Charte dans son préambule ; v. CJCE 27 juin 2006, aff. C-540/03, Parlement c/Conseil, Dr. Ouv. 2006.556 obs. M. Bonnechère). Le tribunal de première instance par contre a visé à plusieurs reprises (depuis ses arrêts du 30 janv. 2002, Max Mobil, aff.54/99 et Jégo Quéré, du 3 mai 2002, aff. 177/01) la Charte et il l'a fait dernièrement en tant que tribunal de la fonction publique dans une affaire de licenciement d'un agent temporaire (arrêt du 26 octobre 2006, aff. F-1/05).

(pareillement évacuée en dehors du champ disciplinaire pour le CNE malgré l'article 7 de la Convention 158), la motivation du licenciement relève bien d'un principe en droit du travail, rétablissant la dignité du salarié licencié, qu'on qualifie ce principe de « général » ou de « fondamental » (124). La doctrine envisage d'ailleurs un contrôle de la Cour EDH sur les motifs du licenciement, en raison du lien existant entre le respect de la vie privée et familiale et « *le maintien du droit au travail* » (125).

De telles règles fondamentales sont exclusives des propositions visant à substituer des incitations financières à la nécessité d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (126), dans l'optique d'une nouvelle réglementation de l'emploi.

3° Principe d'une limitation du recours aux contrats à durée limitée.

Face à une autre proposition phare (127), portant sur l'institution d'un « contrat unique », qui serait d'une durée indéterminée, avec la stipulation possible d'une période minimale, et impliquerait la suppression des contrats à durée déterminée, le droit communautaire oppose en l'état une ligne prudente. Tabler sur l'égalité de traitement (dont on connaît certes la relativité en la matière (128)) et la lutte contre les répétitions abusives de CDD, est l'orientation de la directive du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée. Dans ses arrêts récents (129), la Cour de Justice, tout en laissant le choix des sanctions aux législations nationales, a donné une définition très stricte des « raisons objectives » justifiant seules le renouvellement de contrats à durée déterminée. La notion vise « *des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs* ». Il est permis de se demander si la jurisprudence française en matière de contrats dits « d'usage » s'accorde avec l'interprétation de la Cour de

Luxembourg (130), qui a bien retenu la lettre et l'esprit du préambule de l'accord cadre : « *ce n'est que dans certaines circonstances que des contrats de travail à durée déterminée sont susceptibles de répondre aux besoins tant des employeurs que des travailleurs* ».

Le modèle communautaire est celui des contrats à durée indéterminée, qui « *sont et resteront la forme générale des relations d'emploi, dès lors qu'ils contribuent à la qualité de vie des travailleurs concernés et à l'amélioration de leurs performances* » selon l'interprétation de la Cour de Justice.

La question posée par le dualisme du marché du travail, dans l'optique du travail décent, est de trouver de solutions permettant aux salariés, et pas seulement aux entreprises, de profiter de certaines « flexibilités » et d'accroître la sécurité des plus vulnérables.

C. « Flexisécurité » et finalités du contrat de travail

Le compromis évoqué par le vocable de « flexisécurité » (131) peut être envisagé d'une manière élémentaire : les entreprises ont besoin de souplesse dans la gestion de l'emploi, les salariés doivent bénéficier de sécurités. Une telle vision des rapports de travail donne à l'entreprise (par hypothèse menacée d'être dans l'obligation de délocaliser des activités) le soin de définir de nouveaux équilibres, de tracer le cadre de l'adaptation nécessaire, les salariés se trouvant dans une position défensive. La perspective d'une flexibilité pouvant être favorable aux salariés doit pourtant être envisagée si « *modernisation du droit du travail* » il y a. Ceci concerne particulièrement le temps de travail (a) ou la mise en œuvre de la mobilité (b).

Quant à la sécurité vue du côté du salarié, elle pose le problème du rapport entre le maintien du contrat de travail et l'emploi, et de la construction de règles nouvelles tenant compte des transformations de la

(124) En droit français les principes généraux du droit du travail sont dégagés par le Conseil d'Etat (par exemple la procédure contradictoire pour le licenciement disciplinaire selon l'arrêt précité du 19 octobre 2005) et s'imposent au pouvoir réglementaire. Les principes fondamentaux, qui relèvent de la loi (article 34 de la Constitution), sont les principes de base de ce droit (le principe de faveur est un principe fondamental en droit du travail, Cass. Soc. 13 juillet 1996, Bull. V. nos 296 et 297). En droit communautaire, les principes généraux sont dégagés par la CJCE qui s'inspire surtout de la Convention EDH et de traditions constitutionnelles communes ; s'agissant des droits sociaux, elle utilise plutôt le vocable de « droit revêtant une importance particulière (en matière de temps de travail, arrêt du 1^{er} déc. 2005 (C-14/04) et de congés, arrêts du 16 mars (C-131/04, C-257/04) et du 6 avril 2006 (C-142-05), v. Dr. Ouv. 2006.364, obs. M. Bonnechère).

(125) F. Sudre, « Misère et convention européenne des droits de l'Homme », Cahiers de l'IDEDH 1994, n° 3, p.117, cité par A.Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Bruylant 2006, 562 pages, spec. p. 191-193.

(126) Rapport Cahuc-Karmarx précité note 97.

(127) Rapport Cahuc-Karmarx et rapport Camdessus précités note 97.

(128) V. déjà P.Y. Verkindt, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », Dr. Soc. 1995.870.

(129) CJCE 4 juillet 2006, aff. C 212/04, Dr. Ouv. 2006.553, note M. Bonnechère ; CJCE 7 sept. 2006, aff. C-53/04 et C-180/04, Europe nov. 2006, commentaire 319, de L. Driguez.

(130) Arrêts du 26 nov. 2003 de la chambre sociale restreignant le contrôle de juges du fond, v. le commentaire critique de M. Henry et M.F. Bied-Charretton, Dr. Ouv. 2004-217.

(131) Dans le livre vert précité du 22 novembre 2006, la Commission européenne pose la question : « *l'adaptation du droit du travail et des conventions collectives peut-elle contribuer à améliorer la flexibilité et la sécurité dans l'emploi et à réduire la segmentation du marché du travail ? si oui, comment ?* » (p. 10).

production et du travail. L'optique du travail décent donne peut être une force nouvelle au contrat de travail (c).

a) L'aménagement du temps de travail est un domaine où l'impact du travail sur les conditions de vie apparaît avec évidence. Une recherche collective approfondie d'économistes, publiée par le BIT en juin 2006 porte sur « le temps de travail décent » (132). Selon ses auteurs, l'application du concept de travail décent au temps de travail dans les pays industrialisés conduit à examiner cinq dimensions et effets (133) de celui-ci : la santé au travail, l'articulation de la vie familiale avec la vie de travail, l'égalité des sexes, l'efficacité productive, et enfin la capacité reconnue aux travailleurs d'exercer une influence sur (la délimitation de) leur temps de travail. Sur le plan juridique, la première de ces dimensions du temps de travail décent nous renvoie au rapport établi par les conventions de l'OIT (n° 1, 1919, et n° 30, 1930) puis la directive communautaire 93/104 du 23 novembre 1993 (134) entre l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs et la durée de travail. L'on sait que ce fondement de la norme communautaire (l'ancien art. 118 A du Traité), contesté par le Royaume Uni, a été approuvé par la Cour de Justice dans son arrêt déterminant du 12 novembre 1996 (135) où se trouve reprise la définition donnée par l'OMS de la santé : « *un état complet de bien-être physique, mental et social* ». La directive a introduit notamment des prescriptions minimales en matière des périodes de repos et de temps de pause conduisant à compléter le droit français. Et cette finalité de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs emporte des conséquences concrètes : interdiction de toute dérogation au droit au congé annuel minimal (136), définition du temps de travail incluant intégralement les périodes de garde (137), exclusion de toute « pondération » dans le calcul du temps de travail effectif

pour le respect de la durée maximale du travail et de périodes de repos (138).

L'engagement annoncé de l'Union européenne dans l'agenda du travail décent (*supra*) devrait conduire le cas échéant la Cour de Justice à donner de la consistance à la condition de « *respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs* » posée par la Directive 93/104 (article 17) en matière de dérogations par la législation ou les conventions et accords collectifs. Se pose notamment la question de la conformité tant aux Chartes européennes qu'à la directive du forfait en jours, qui ne concerne plus seulement les cadres « autonomes » mais a été étendu par la loi *PME* du 2 août 2005 à certains salariés itinérants (139).

Autre dimension du temps de travail décent, la capacité de choix du travailleur. La loi, qui doit fixer les principes de concordance des temps (140), pourrait orienter davantage la négociation collective vers la prise en compte de la vie privée et familiale (141), ou sociale (horaires des écoles, ouverture des administrations, exercice du droit syndical, etc). Au plan du contrat de travail les enjeux doivent être clairement précisés. La bataille en cours sur le clause d' « *opt out* » de la directive 93/104, c'est-à-dire de renonciation individuelle à la durée maximale hebdomadaire (48 heures), que peut autoriser une législation nationale (142), n'a rien à voir avec la défense de la possibilité de choix des travailleurs, mais pose le problème de la nature de la « flexibilité » recherchée, et de la résurgence de très longs horaires de travail, particulièrement dangereux (sur le terrain de la santé-sécurité au travail) pour les travailleurs peu qualifiés et mal rémunérés à qui l'on fait valoir l'opportunité de gains accrus.

Devrait être approfondie par contre, la construction ébauchée par la Cour de cassation, imposant la prise en

(132) « Decent working time, new trends, new issues », par J.Y. Boulin, M. Lallement, J.C. Messenger et F. Michon, OIT 2006, 465 pages.

(133) op. cit. p. 25.

(134) Directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, devenue directive 2003/88.

(135) CJCE 12 nov. 1996, aff.C-84/94, Royaume Uni c/Conseil. Dr. soc. 1997.303 obs. Ph. Martin ; Dr. Ouv. 1997, note M. Bonnechère.

(136) CJCE 16 mars 2006, aff.C-131-04 et C-257/04, et 6 avril 2006, aff. C-124/05, Dr. Ouv. 2006.365, note M. Bonnechère.

(137) CJCE 3 oct. 2000, aff. C-303/98 Simap, Dr. Ouv. 2000.505, Dr. soc. 2001.76 note R. Vatinet ; CJCE 9 sept. 2003, aff.151/02, Jaegger, RJS 12/03 n° 1336 et obs. J.Ph. Lhernould.

(138) CJCE 1^{er} déc. 2005, Dellas, aff.14/04, Dr. Ouv. 2006.364, obs. M. Bonnechère, d'où l'annulation par le Conseil d'Etat, arrêt du 28 avril 2006, du décret du 31 décembre 2001 établissant un système d'heures d'équivalence ne garantissant pas le respect de prescriptions minimales.

(139) Le Comité européen des droits sociaux a conclu à la violation de la Charte sociale européenne (article 2 &1) le respect des durées maximales du travail n'étant pas assuré (décision du 16 nov. 2001, RJS 2002.513 et du 12 oct. 2004, RJS 2005.512, commentées par J.Ph. Lhernould). V. A. Martinon, « Le forfait jours : du cadre au non-cadre », JCP S 2005 doctr. 1202 ; F. Meyer « Petite histoire du temps de travail ou comment a été mise à l'écart la réglementation sur la durée du travail pour les salariés non-cadres autonomes », Dr. Ouv. 2005 p. 528.

(140) En ce sens, rapport (précité) de la Commission Supiot (1999), p. 136 s.

(141) La loi du 9 mai 2001 impose aux accords collectifs permettant la mise en place d'un travail de nuit de prévoir « *des mesures destinées ...à faciliter l'articulation de l'activité nocturne des travailleurs avec l'exercice de responsabilités familiales et sociales, notamment en ce qui concerne les moyens de transport...* » (article L. 213-4 C. Trav.). Il serait justifié d'élargir le champ d'application de ce type d'encadrement.

(142) C'est l'article 18b, i, de la directive 93/104, mis en œuvre d'une manière générale par le Royaume Uni et en France après les arrêts cités notes 137 et 138 pour certains praticiens hospitaliers par les décrets 2002-1421 à 1425 du 6 décembre 2002.

compte des **obligations familiales impérieuses** dans le champ du contrat de travail. Rattachée le plus souvent au pouvoir de direction et ne constituant pas une modification du contrat lui-même, la modification des horaires de travail peut être refusée par le salarié qui l'estime incompatible avec des obligations familiales impérieuses (143) ou ses charges de famille (144), en l'absence même de toute modification de la rémunération ou de la classification de l'intéressé. Ceci vaut notamment dans le cadre du contrat de travail à temps partiel, et les juges du fond ne peuvent se contenter de rejeter l'existence d'une faute grave : si les motifs du refus du salarié ont une force suffisante, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, même en présence d'une clause contractuelle (145). L'on peut souhaiter, sur le fondement de la Convention EDH, une protection beaucoup plus systématique de la vie privée et familiale dans l'exécution du contrat de travail, voire une incidence du principe de sauvegarde de la dignité humaine si le respect de la personne est ignoré par les décisions patronales de changement d'horaire ou/et de lieu de travail au point d'aboutir à des conditions de vie dégradantes.

b) Clauses de mobilité et bonne foi contractuelle.

La protection de la dignité du salarié se manifeste dans la jurisprudence récente par une exigence de mise en œuvre « décente » des clauses de mobilité. Deux arrêts rendus par la Chambre sociale le 23 février 2005 ont été commentés au rapport 2005 de la Cour de cassation (146) et situés dans le cadre d'une construction plus générale. Si la mutation d'un salarié en application d'une clause de mobilité de son contrat relève du pouvoir de direction de l'employeur, l'exercice de ce pouvoir est soumis à l'obligation générale de bonne foi. Celle-ci suppose que la modification est conforme à l'intérêt de l'entreprise et elle est présumée, mais ceci n'empêche pas le salarié d'établir au contraire un manquement à la

bonne foi contractuelle résultant d'une « précipitation suspecte » vis à vis d'un salarié ayant de l'ancienneté (147) ou du fait qu'une mutation lui est imposée alors qu'il est « *en situation de fragilité familiale ou de santé* » (148) ce qui légitime son refus même d'un changement prévu au contrat. Subsiste toutefois une incertitude résultant du pouvoir d'appréciation du juge, qui selon les cas se contentera d'admettre l'absence de faute grave ou jugera le licenciement non causé. L'on doit souhaiter un affermissement de cette jurisprudence, qui pourrait accepter l'intervention dans le champ du contrat de l'article 8 de la Convention EDH, comme ce fut le cas pour le contrôle de validité des clauses de mobilité (149) : le respect de la « vie familiale », comme de la vie privée étant certainement appelé à produire davantage d'effets dans les relations de travail (150). L'on peut penser (151) que l'article 8 de la convention EDH devrait s'appliquer à la clause de non-concurrence en raison des répercussions de sa mise en œuvre sur la vie du salarié.

Le travail décent, la dignité de la personne salariée, offrent ainsi au juge une échelle de valeur, un principe de cohérence pour dégager les finalités du contrat de travail en faisant prévaloir le contrat de travail avec sa spécificité (l'implication de la personne) sur le pouvoir (151bis) et en donnant toute leur force aux droits substantiels découlant de la Convention EDH (152). Or certaines contradictions dans la jurisprudence sont à souligner.

c) Sécurités.

Dans l'optique du travail décent, le thème de la sécurité se prête à des variations. Une première sécurité devrait résulter de l'information dont dispose un travailleur au moment de l'embauche sur ses obligations contractuelles. Or, la jurisprudence donne aux clauses « informatives » une portée source de confusion (153) et d'insécurité pour le salarié. L'on peut comprendre la distinction entre les clauses informatives et les clauses

(143) Soc. 9 mai 2001, Bull. V n° 157 ; Soc. 14 déc. 2005, Bull. V n° 364.

(144) Soc. 15 déc. 2004, Bull. V n° 367.

(145) Soc. 9 mai 2001 précité, qui parle de l' « *excuse* » invoquée par la salariée.

(146) Soc. 23 février 2005, 03-42018 et 04-45563, Bull. V n° 64, Dr. Ouv. 2005 p. 213 n. critique P. Moussy. Commentés au rapport 2005 de la Cour de cassation (jurisprudence ; droit du travail - obligations respectives des parties au contrat de travail, 2-6).

(147) Dans l'un des deux arrêts du 23 février 2005, une salariée ayant plus de dix ans d'ancienneté avait fait l'objet d'une décision brusque de mise en œuvre de la clause permettant sa mutation.

(148) Selon le rapport 2005 précité. L'on se reportera aussi à l'étude de M. Del Sol, « Variations jurisprudentielles sur le lieu de travail », JCP S 5 sept. 2005, doctrine 1663, spec. n° 24 s.

(149) Soc. 12 janv. 1999, Spileers, Bull. V n° 7, D.1999 Jur. 646, note J.P. Marguénaud et J. Mouly, Dr. Ouv. 1999 p. 254 n. P. Moussy.

(150) Soc. 2 oct. 2001, Nikon, D. 2001 Jur. 3151, note P.Y. Gautier, Dr. Ouv. 2002 p. 76 n. A. de Senga.

(151) C'est l'analyse de Y. Serra, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », obs. sous Soc. 10 juillet 2002, D. 2002 Jur. 2497. L'auteur souligne que si le salarié a l'obligation de chercher un emploi dans un autre secteur géographique, cela aura des répercussions sur sa vie privée et familiale.

(151bis) Sur le contrat de travail, G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail » Arch. phil. dr. 1968, t. 13.59 ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz 2004, p. 203.

(152) Ph. Waquet, « Le juge social et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de libertés fondamentales », *Soixantième anniversaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, La Doc. française 2000.

(153) J. Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », RJS 1/04, chr. 3, et « La détermination des éléments du contrat de travail », colloque du Syndicat des Avocats de France, Dr. Ouv. 2005.92.

contractuelles si les premières informent simplement sur des données de droit ou de fait distinctes du contrat. Mais dire que la mention du lieu de travail, sauf clause spécifique (154) a seulement valeur d'information revient à dévaloriser le contrat, tout en vidant de sa substance l'information sur la relation de travail (155).

Le droit du travail tend à assurer la sécurité du travailleur. D'abord dans le travail avec l'obligation de prévention résultant de dispositions légales précises comme de la directive cadre 89/391 du 12 juin 1989 (156), ainsi que de l'obligation de sécurité de résultat dégagée du contrat de travail par la Cour de cassation, qui en souligne aujourd'hui l'impérieuse effectivité (157). Sécurité par le travail en suite : le droit du travail protège la créance salariale, garantit un salaire minimum. Mais la sécurité économique du travailleur est indissociable de la sécurité de l'emploi. Celle-ci est parfois distinguée, surtout par les économistes, de la stabilité de l'emploi. La sécurité de l'emploi pourrait, dans la conception du CERC (158), être dissociée de la continuation du lien d'emploi entre une entreprise et un salarié (dans le cadre d'un seul contrat à durée indéterminée mais aussi de la transformation d'un CDD en CDI). La sécurité de l'emploi désignerait le fait pour une personne de demeurer employée « sans interruption notable », même s'il y a un changement d'entreprise. Le schéma renvoie inévitablement à la nature du contrat : la conclusion successive de contrats à durée déterminée avec divers employeurs a peu de choses à voir avec la sécurité de l'emploi. D'où l'aspiration à être intégré dans un « véritable emploi ».

La sécurité professionnelle est alors inséparable de l'acquisition d'une qualification (159) mais aussi de la garantie de son maintien, par l'accès à la formation et au perfectionnement des connaissances. Ainsi la sécurité de l'emploi tend à devenir « *sécurité de parcours professionnels* ». Deux sources ont contribué à structurer la réflexion (160) : le rapport Boissonnat (161) et le

rapport Supiot (162). Le premier proposait la création d'un « *contrat d'activité* » permettant à chacun de construire un « *itinéraire professionnel* » dans lequel alterneraient différentes formes de travail ou formation, correspondant à un « *statut de l'actif* » assurant garantie de revenu et protection sociale. Le second a entendu prendre en compte la diversité des formes de travail et proposé d'instituer un « *état professionnel des personnes* » en repensant le droit social sur la base de quatre cercles (droits universaux, droits fondés sur le travail non professionnel, droit commun de l'activité professionnelle, droits du travail salarié). Une des idées force du rapport *Au-delà de l'emploi* est de créer et développer les « capacités » au travail des personnes, en garantissant une liberté de choix grâce à de possibilités de formation et de mobilité.

Les organisations syndicales, en s'inspirant ou en se détachant de ces études, ont formulé des propositions, et un intense débat a commencé. Derrière les expressions se cachent des analyses contrastées voire contradictoires : la « *sécurité sociale professionnelle* » voulue par la CGT dans le cadre d'un « *nouveau statut du travail salarié* » implique une « *continuité des droits* » en cas de perte et de changement d'emploi par la mise en place de « *droits attachés à la personne garantis collectivement dans le cadre d'institutions chargées de leur mise en œuvre* ». Dans le rapport P. Cahuc-F. Kramarz, la « *sécurité sociale professionnelle* » est censée résulter d'un ensemble de règles nouvelles, essentiellement la substitution d'incitations financières au contrôle judiciaire des licenciements économiques et la création d'un contrat de travail unique, contrat à durée indéterminée pouvant avoir une durée minimale et supposant en cas de rupture par l'employeur le versement au service public de l'emploi d'une contribution de solidarité ainsi que d'une indemnité légale de licenciement au salarié.

(154) Ce sont les arrêts du 3 juin 2003 (JCP 2003.G.II.10165, comm. M. Vericel, Dr. Ouv. 2003.527, note F. Saramito et P. Moussy) rapprochés des arrêts du 23 février 2005 précités ainsi que P. Bouaziz et I. Goulet, « A propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité », Dr. soc. 2005.634.

(155) I. Meyrat parle d'un procédé de mobilisation de l'information destiné à altérer la force obligatoire du contrat (« L'érosion de la sphère du contrat de travail, à propos de l'arrêt du 10 mars 2004, Sogecler », Dr. Ouv. 2004.547 spec. p. 549).

(156) Directive 89/391 du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé de travailleurs au travail, JOCE 29 juin 1989. V. M. Bonnechère, « Santé-sécurité dans l'entreprise et dignité de la personne au travail », Dr. Ouv. 2003.453.

(157) La chambre sociale a voulu renforcer l'obligation de sécurité de résultat dégagée du contrat de travail par ses arrêts du

28 février 2002 (Dr. Ouv. 2002.167, note F. Meyer) en posant une exigence d'effectivité (Soc. 28 février 2006, M. Deprez) et en rappelant que l'absence de faute n'exonère pas l'employeur (Soc. 21 juin 2006, Propara, Dr. Ouv. 2006 p. 535 n. F. Saramito).

(158) Rapport du CERC précité note 7.

(159) « Le fait pour un travailleur de posséder une spécialité dans son travail, ce qui lui permet d'avoir une certaine maîtrise sur le contenu de ses tâches et la possibilité de faire carrière ». V. Rev. int. trav. 2003/2, p. 239.

(160) S. Grimault, « Flexicurité et sécurisation de parcours professionnels : analyse comparative des positions syndicales », Colloque Flexicurité en France précité.

(161) Rapport de la Commission J. Boissonnat, *Le travail dans vingt ans* (Commissariat général au plan) ed. O. Jacob, 1995.

(162) Rapport de la Commission A. Supiot pour la Commission européenne, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion 1999.

Dans ce contexte, la doctrine juridique est tentée par la langage assurantiel : l'idée d'un partage du « *risque de l'emploi* » est mise en avant (163), et ceci ne va pas sans ambiguïté car un risque est un événement prévisible dont on peut estimer à la fois les chances qu'il a de se produire et les dommages qu'il entraînera, puis l'indemniser grâce à une mutualisation. Or la situation de l'emploi dans une entreprise est largement la conséquence d'une gestion, de choix économiques. Il est donc approprié de se situer d'abord sur le terrain de la responsabilité, des obligations de l'entreprise.

L'obligation de reclassement représente à cet égard une avancée majeure du droit du travail, avec l'irruption d'une logique de continuité (164) qui ne saurait être remplacée par une supposée « *garantie de reclassement attachée à la personne du salarié* » (165) ou une mutualisation du reclassement censé assuré par une contribution de solidarité (166). Obligation de moyen, dont la rigidité est donc exclue, et d'un champ d'application général contrairement au plan de sauvegarde de l'emploi (167), l'obligation de reclassement a été évacuée du CNE par l'ordonnance du 2 août 2005, avec l'article L 321-1, et l'était aussi dans la réglementation du CPE. Logique implacable, dès lors qu'est supprimée l'exigence de la cause réelle et sérieuse

de licenciement, qui pourrait annoncer d'autres réformes par touches du droit des licenciements économiques (168). Un principe s'est affirmé progressivement depuis l'arrêt *Jardin* (169) : le licenciement n'a de justification que s'il n'est pas possible d'éviter la rupture du contrat de travail. Outre qu'il est fondé sur le droit à l'emploi, « *exigence constitutionnelle* » (170) en France, ce principe est à l'origine fondé sur la bonne foi contractuelle et pourrait parfaitement être dégagé par un autre juge en Europe (171). Dès lors que n'est pas supprimé le « *droit au juge* », un contentieux du licenciement économique sera toujours présent. Une seconde règle irréversible, à laquelle des incitations financières ne sauraient se substituer, résulte des directives communautaires relatives aux licenciements économiques et transferts d'entreprise (172) et plus largement à l'information et la consultation des représentants des travailleurs, conformément au droit fondamental découlant de la Charte de l'Union européenne, inspiré de l'idée que le travail n'est pas réductible à une variable d'ajustement (173).

La modernisation du droit du travail ne se fera que dans le prolongement de ces bases, qui sont celles du « *travail décent* ».

Michèle Bonnechère

(163) Intervention de Ch. Guitten (chef de département au CEREQ) au colloque précité « Flexicurité en France », qui s'est référé à A. Lyon Caen, « Les clauses de partage des risques » *Rev. jurid. Ile de France* 1996, n° 39 et M.L. Morin « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2000.

(164) Sur l'obligation de reclassement, M. Bonnechère, « Le reclassement des inaptes, bon vouloir patronal ou droit des travailleurs *Dr. Ouv.* 1978.218 ; B. Lardy-Pélissier, « L'obligation de reclassement », *D.* 1998 chr. 399 ; F. Héas, *Les obligations de reclassement en droit du travail*, thèse, LGDJ. Sur la logique de continuité, v. G. Pignarre, « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié », *D.* 2001 chr. 3547 (spec. § 19).

(165) Expression étonnante de G. Vachet « *Sécurisation de parcours professionnels : utopie ou réalité* », *Dr. soc.* 2006.963 spec. p. 967.

(166) Sur ce point l'analyse de Ph. Antonmattei, « 2007, l'odyssée du contrat de travail ? » (*Dr. soc.* 2006.134) est très exacte.

(167) L'obligation de reclassement vaut pour tout licenciement fondé sur un motif économique auquel s'applique l'article L321-1 alors que l'exigence d'un plan de sauvegarde de l'emploi ne vaut que pour les licenciements d'au moins dix salariés, sur trente jours, dans les entreprises occupant cinquante personnes.

(168) Une autre « expérimentation », le contrat de transition professionnelle semble bien transférer à la filiale de l'AFPA qui en est signataire les obligations de reclassement, l'employeur n'étant en outre qu'un des contributeurs au financement du mécanisme. V. T. Lahalle, « Le contrat de transition professionnelle (ordonnance du 13 avril 2006) », *JCP S* 23 mai 2006, doctr. 1421.

(169) Soc. 8 avril 1992, *Jardin*, *Bull. V*, n° 258, après Soc. 25 févr. 1992, *Expovit* (obligation d'adaptation), *Dr. soc.* 1992.379.

(170) Selon la décision du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel sur la loi de modernisation sociale (*Dr. Ouv.* 2002.59).

(171) Dans le débat en cours, l'obligation de reclassement est souvent présentée comme une spécificité de la loi française. C'est oublier son origine jurisprudentielle (la loi du 17 janvier 2002 l'a reprise). Même le juge britannique, qui contrôle en matière de licenciement le « comportement de l'employeur » pourrait intégrer une construction du type des arrêts *Expovit* et *Jardin* (supra).

(172) Directive 98/59 du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs, directive du 12 mars 2001 sur les transferts d'entreprise (reproduite au *Dr. Ouv.* 2002 p. 523), directive 2002-14 du 11 mars 2002 sur l'information et la consultation de travailleurs (reproduite au *Dr. Ouv.* 2002 p. 492), directive 94/45 du 22 septembre 1994 sur la procédure d'information-consultation dans les entreprises et groupes de dimension communautaire (reproduite au *Dr. Ouv.* 1995 p. 68), directive 2001/86 du 8 octobre 2001 sur l'implication de travailleurs dans la société européenne.

(173) L'exemple le plus récent de la primauté accordée à l'effectivité des droits d'information et de consultation sur la logique financière et sa conception du temps, résulte des décisions prises à la demande du comité d'entreprise européen de GDF sur le projet de fusion avec Suez : TGI Paris, réf. 21 nov. 2006 et CA Paris, 14^e ch.A. 21 nov. 2006 (décisions à paraître au *Dr. Ouv.*). D'autre part, le dossier du CNE rappelle qu'un contentieux des nullités du licenciement (discrimination, atteinte aux libertés) et de l'abus de droit (théorie générale !) est incompressible.