



AVOCATS EUROPÉENS DÉMOCRATES
ABOKATU DEMOKRATA EUROPARRAK
EUROPÄISCHE DEMOKRATISCHE RECHTSANWÄLTE
ADVOCATS EUROPEUS DEMOCRATES
ABOGADOS EUROPEOS DEMOCRATAS
AVVOCATI EUROPEI DEMOCRATICI
EUROPESE DEMOKRATISCHE ADVOKATEN
EUROPEAN DEMOCRATIC LAWYERS

LIVRE VERT DE LA COMMISSION EUROPEENNE :

Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle

REPONSE AU QUESTIONNAIRE PAR L'ASSOCIATION AVOCATS EUROPEENS DEMOCRATES

I. REMARQUES PRELIMINAIRES FAITES PAR LES ASSOCIATIONS

1. SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE (SAF)

Sous le titre « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle », la Commission des Communautés Européennes a lancé un débat public sous forme d'un questionnaire précédé d'un long préambule et d'un état descriptif du droit existant.

Avant de répondre au questionnaire proprement dit, et compte tenu des présupposés qui sous-tendent les questions posées, il apparaît indispensable de consacrer quelques réflexions à la critique de ces longs préambules.

Nous serons ici en bonne compagnie puisque ce document a suscité les premières réactions virulentes de deux professeurs en droit du travail, Fernando VALDES DAL RE en Espagne et François GAUDU en France¹.

¹ Revue de Droit du Travail – Controverse – page 72 et suivantes

Derrière un verbiage imprécis et insupportable et qui puise largement dans un vocabulaire pseudo scientifique émaillé de termes anglo-saxons mal traduits, le but véritable des rédacteurs apparaît : il s'agit ni plus ni moins que de mettre en pièces le patient travail législatif, jurisprudentiel et intellectuel qui a construit un socle partagé – au moins en Europe continentale – de règles qui encadrent l'inégalité de principe de la relation individuelle de travail fondée sur le lien de subordination.

Ce texte énonce comme une évidence que, faute d'une « flexibilité accrue » du « contrat de travail classique » il y aurait des risques de voir se développer une « segmentation » des marchés du travail en Europe privilégiant les « insiders » au détriment des « outsiders ».

Le juriste du droit du travail est rarement habitué à fréquenter le consensus mou de la pensée économique néo libérale. Il ne peut donc distinguer sous ce propos les plumes qui depuis plus de dix ans accréditent l'idée que la faiblesse de la création d'emploi dans certains pays serait due à une trop grande protection juridique accordée aux contrats permanents et qui réclament à ce titre « des réformes structurelles du marché du travail » sans dire ce qu'ils entendent par là.

Les dégâts causés dans l'opinion publique par la littérature des « économistes » semblent être désormais des acquis de la réflexion des technocrates communautaires qui n'ont jamais mis les pieds dans une juridiction du travail.

Sous le couvert d'une prétendue lutte contre la segmentation du marché du travail, qu'ils découvrent sous ce terme alors que la précarisation se développe depuis plus de trente ans, il s'agit ni plus ni moins que d'une attaque en règle contre la pénétration du droit et de la justice dans la relation de travail.

Ce discours est tellement marqué par les offensives des lobbies patronaux sur la prétendue « insécurité juridique » liée à la rupture du contrat de travail qui les empêcherait d'embaucher que l'on en vient à douter non seulement de son caractère scientifique mais plus encore de son honnêteté !

Le droit du travail dont il est ici question n'est pas « le droit de la protection de l'emploi » qui est cité ainsi, mais un droit du contrat qui doit reposer sur un rapport de loyauté et de confiance.

Faut-il que les économistes soient bien peu confiants dans leur science pour aller chercher des solutions à la croissance insuffisante dans des domaines où leur niveau

de connaissance est si limité qu'il ne recherchent même pas les définitions exactes des termes qu'ils emploient.

2. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONA)

Después de constatar la evidente necesidad de poner al día la legislación laboral, con motivo de las distintas realidades y las nuevas experiencias que se están dando en el marco de las relaciones laborales, se pretende a través del Libro verde el consolidar el retroceso en las condiciones hasta ahora protegidas a los trabajadores y el abandono del Derecho social como instrumento de equilibrio entre las partes del contrato laboral.

Se trata simplemente de establecer un nuevo marco jurídico en el que poder atender y servir a los intereses de las empresas y de un sistema económico de capitalismo neoliberal, que se convierte en el bien jurídico a proteger y, en base a ello, configurar unas condiciones de trabajo mas precarias bajo el pretexto de una competitividad provocada por el mismo sistema al que se han incorporado, sin ningún reparo, como homologables, relaciones de extrema precariedad y quasi esclavitud, amparándose en la distancia geográfica de estas realidades.

Nadie se plantea imponer a las economías emergentes condiciones de respeto a las personas, tan evidentes como la jornada de 40 h., la prohibición del trabajo de menores, la garantía para la salud, la necesaria cobertura de un sistema de seguridad social, etc.

Nadie se preocupa en las economías occidentales de establecer mecanismos de garantía frente a la tendencia a que la figura del empresario, y en definitiva de la contraparte en el contrato de trabajo, quede diluida y sin responsabilidad real en un marco de entramados societarios con posibilidad de situar a los últimos responsables en países extranjeros prácticamente inaccesibles. Tampoco se quiere poner limite a la cadena de empresas interpuestas que alejan el marco de la

prestación de servicios del beneficiario de dicho trabajo, a través de cadenas de subcontrataciones y empresas de trabajo temporal.

Frente a la evidente coexistencia de dos clases de trabajadores cada vez más diferenciadas, el libro verde opta claramente por conseguir la homogeneidad sobre la base de rebajar los derechos de los más protegidos por la ley. En ningún caso se plantea como objetivo la necesidad de garantizar a los trabajadores, en tanto que personas, unas mínimas condiciones de vida y de estabilidad aunque fuera a costa de limitar unos beneficios cada vez más especulativos y desequilibrantes.

La Unión Europea dirige, una vez más sus políticas, a dar satisfacción a los intereses económicos aun a costa de los derechos de las personas.

3. SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Dans la perspective de la construction européenne, le travailleur salarié doit progressivement se voir définir un statut, qui conforte et consolide, de la même manière pour l'ensemble des travailleurs de l'Union, la notion de relation de travail stable, respectueuse de ses droits et émancipatrice.

L'ensemble des questions posées dans le questionnaire du Livre Vert vont dans le sens de l'affirmation de plus en plus prononcée de l'idée que l'emploi ne peut qu'être précaire et que, pour malgré tout avoir une chance de rester dans le monde du travail, le travailleur devra renoncer à la protection sociale dont il bénéficie actuellement. Les références au rapport Kok (et au 'coût' des préavis, des procédures de licenciement individuel et collectif, ainsi qu'à celui du licenciement abusif) sont particulièrement éclairantes à cet égard.

Partant du postulat que la relation de travail est condamnée à la 'souplesse' afin de répondre à des impératifs de flexibilité, le Livre Vert recourt alors à un barbarisme surprenant, celui de 'flexicurité', laissant entendre que, dans le sillage de la stratégie de Lisbonne, deux objectifs seront poursuivis conjointement, étant d'une part la

flexibilité et de l'autre la sécurité. Or, si quelques considérations sont faites sur la sécurité (celle-ci étant comprise comme 'emploi sûr', bien peu d'attention lui est, en vérité, réservée.

Dans les questions posées revient régulièrement le sous-entendu du coût excessif du travail et l'orientation donnée au questionnaire va tourner autour de ceci : comment réduire le coût du travail par le biais de la réduction de la protection sociale.

Ce n'est pas dans ce sens que l'on voudrait voir agir le législateur européen (non plus que le législateur national), mais dans celui de la recherche d'une plus grande protection du travailleur et de la garantie effective d'emplois de qualité (objectifs, qui, s'ils figurent sur papier, ne se trouvent que peu reflétés dans l'ensemble).

De même, les questions posées traduisent une absence de volonté de s'attaquer aux problématiques spécifiques déjà induites par des mesures en vigueur prises dans la même recherche de flexibilité, ainsi les contrats atypiques ou l'extension du temps partiel, par exemple, qui sont des atteintes à la garantie d'un emploi stable et rémunérateur. Peu d'attention également pour le travail intérimaire.

Or, il est traditionnellement admis que les deux parties ne sont pas sur pied d'égalité dans la relation de travail et il est de règle que le pouvoir de gestion de l'entreprise est resté une prérogative de l'employeur (puisque'il n'a historiquement rien – ou que très peu – été concédé à cet égard), le mode le plus abouti étant le modèle allemand et, dans celui-là seul, la cogestion.

La relation de travail subordonnée impliquant qu'une des deux parties est la partie faible, les mécanismes actuellement en vigueur sont conçus dans un souci de protection du travailleur et en vue d'assurer la stabilité de l'emploi.

Le souci des législateurs ainsi que des interlocuteurs sociaux nationaux doit être d'oeuvrer afin d'assurer une telle stabilité d'emploi, et de manière effective. Les institutions européennes, garantes du Traité et dépositaires des fondements

démocratiques à la base de nos systèmes législatifs, sont tenues de poursuivre le même objectif.

Aussi, les questions posées par la Commission sont-elles interpellantes à plus d'un titre :

- le présupposé d'une position égale dans la relation de travail du travailleur et de l'employeur,
- l'exigence posée dans le chef des travailleurs de rechercher/accepter des restrictions importantes de leurs droits, ce qui ne peut qu'entraîner la fragilisation de leur position dans l'entreprise,
- l'exigence de la prise en compte par les travailleurs d'impératifs découlant de décisions économiques et financières dans lesquelles ils n'ont aucun rôle, étant des situations découlant de logiques de profit. Il faut relever ici que les institutions européennes – ainsi que les Etats membres, au demeurant – sont très peu sanctionnantes par rapport à des décisions de délocalisation d'entreprise pour des motifs purement stratégiques (notamment au point de vue des aides accordées).

Nous nous sommes néanmoins attachés à apporter réponse au questionnaire.

4. ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS - ALA (MADRID)

La UE, a través de su Comisión Europea, propuso en noviembre de 2006 la necesidad de modernizar el Derecho del Trabajo, respondiendo así a las necesidades de los empresarios de optimizar aún más sus resultados económicos y obtener mayores beneficios, para lo que es condición necesaria esa modernización del derecho social. Los gestores de la economía de mercado proponen que se flexibilicen materias como los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo o la definición de despido improcedente, de acuerdo con el Informe al Consejo Europeo de Empleo, en su Informe al Consejo Europeo del 2003.

Bajo la denominación de Libro Verde para la modernización del derecho laboral, se presenta esta iniciativa que “ aborda la función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una “ flexiseguridad “ que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva“.

Los objetivos, pues, de este Libro Verde, ponen el acento en la “ dimensión personal del Derecho laboral y no en cuestiones de Derecho laboral colectivo “ y en hacer un especial llamamiento a gobiernos y agentes sociales para examinar cómo el Derecho Laboral puede fomentar la flexibilidad “ asociada a la seguridad en el empleo, con independencia de la forma de contrato “ y contribuir a mejorar la legislación, para, según desean los promotores de esta iniciativa, fomentar la modernización del Derecho laboral y así, “ permitir a los trabajadores y a las empresas comprender mejor sus derechos y obligaciones “.

La Comisión Europea sustenta este cambio radical en la finalidad atribuida al Derecho del Trabajo, que es según el Libro Verde “paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral”, en la “ rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de servicios “ que avalaría la necesidad de incrementar la flexibilidad.

Esas razones que apunta la Comisión para esta necesidad de una regulación laboral menos rígida (para los objetivos de los intereses empresariales) y más flexible, se traduce en diversas modalidades de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y los puestos de trabajo necesarios en las distintas fases de la producción, con una mayor diversidad contractual.

La Comisión avanza que “ el modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización “. Es decir, que los empresarios se desaniman a la hora

de contratar si existen derechos laborales demasiado protectores, por lo que es conveniente potenciar otros modelos de relación contractual para “ reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva “.

Las reformas de las legislaciones nacionales iniciadas en los noventa aumentaron la flexibilidad en los “márgenes”, formas de empleo más flexibles con una menor protección contra el despido, con la justificación de facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo, con la consecuencia real de un incremento muy significativo de la segmentación del mercado de trabajo.

El Libro Verde marca el camino a seguir. Se plantea como principal reto político el lograr un mercado de trabajo flexible e inclusivo, para así facilitar, mediante la utilización sin límites y con derechos mínimos, de los contratos atípicos y los contratos clásicos flexibles, que las empresas mantengan su competitividad en una economía mundializada.

Partiendo del hecho indiscutible del incremento de estas formas de contratos flexibles, la Comisión Europea, sin señalar las causas de esta realidad y dando por sentado que eso es así y además es irreformable, llega a destacar que “ una desregulación en los márgenes que mantenga intactas las normas estrictas aplicables a los contratos clásicos tiene a favorecer la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad “. Luego, los derechos de los contratos clásicos favorecen la segmentación del mercado de trabajo y además, es pernicioso a la productividad de las empresas. En suma, se está planteando que los derechos sociales son un obstáculo para la optimización de la obtención de beneficios económicos por los capitalistas europeos.

La Comisión apuesta por unos mercados de trabajo, pues, “más inclusivos y reactivos ante la innovación y los cambios” y señala la necesidad de cambiar los marcos jurídicos para que estos ofrezcan incentivos suficientes a los contratos de duración indeterminada “ para explorar oportunidades de una mayor flexibilidad en el

trabajo “. Es decir, que los trabajadores asuman que la flexibilidad, la supuesta seguridad en el empleo que se propone y la segmentación son buenas razones para apoyar, en definitiva, un futuro de más flexibilidad, más desregulación, más inestabilidad, más vulnerabilidad, más explotación.

Se señalan como ejemplos de algunas transiciones en el mercado de trabajo en la UE, fruto del diálogo social, la Ley holandesa sobre flexibilidad y seguridad de 1999, la Ley austriaca sobre las indemnizaciones por despido de 2002 (se suprime la relación entre el despido por la empresa y el pago de una indemnización única por ese despido) y el Decreto del estado español de junio de 2006 que permite la conversión de contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada con indemnizaciones por despido reducidas.

El Libro Verde, en consecuencia, se marca como objetivo central el estimular un debate sobre la necesidad de un marco legislativo más reactivo para “ reforzar la capacidad de los trabajadores de anticipar y gestionar los cambios, con independencia de su tipo de contrato “.

El contenido del Libro Verde de la Comisión Europea tiene su encaje en el proyecto de tratado para una Constitución Europea, que ya proponía desregulación en el ámbito social y económico en favor del auténtico sujeto de esta norma, que no es otro, que el capital. La economía de mercado, la privatización y la desregulación generalizada de la actividad productiva, se consagraban, pues, como principios indiscutibles.

La seguridad y el orden, no para las personas sino para los negocios, se imponen de manera incontestable a la justicia y a la libertad para los ciudadanos. La globalización, en un entorno como el actual, de crisis económica, política y de violencia estructural del sistema, se muestra en forma de una guerra que ya afecta a gran parte de la humanidad. En este contexto, la economía de mercado global, con el capital norteamericano a la cabeza, necesita para su propio desarrollo, por un lado, las iniciativas bélicas convencionales que sirvan para obtener ingentes beneficios a las grandes empresas de armamento y para asegurarse el dominio estratégico de zonas de interés en el mapa mundial así como las reservas de

materias primas para los años venideros. El ejemplo de la guerras que se desarrollan en Iraq, esta sin el beneplácito de la ONU o Afganistán, bajo el patrocinio de la OTAN, o Palestina, por citar algunas de las más relevantes, son una muestra del presente y lo que nos depara el futuro.

El tratado constitucional europeo, en materia económica y social, contemplaba una llamada a un "un mercado único en el que la competencia sea libre y no esté falseada"(art.3.2) como marco para "una economía social de mercado altamente competitiva". Curiosa manera de denominar al capitalismo, pero en definitiva, se constitucionaliza el capitalismo neoliberal, imponiendo al mercado que la Unión Europea articule su vida económica en torno a un mercado libre y a un elevado nivel de competitividad.

Así, se regulaba que “ Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada “ (art. II, 15,1.) así como que “Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro “ (art. II, 15, 2.) y por supuesto se dispone que “ Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales “ (art. II, 16).

La tercera parte del proyecto nos ofrecía su principio más trascendente. La política económica de la Unión Europea deberá ser necesariamente monetarista y su política exterior alineada con las de los Estados Unidos. La política interior deberá incardinar sus objetivos en la cruzada internacional antiterrorista. De igual modo, las intenciones militaristas de la UE quedan claramente reguladas en la futura norma constitucional.

Desde el punto de vista económico, los principios de Maastricht y su plan de estabilidad y la independencia del Banco Central Europeo quedan convertidos en preceptos constitucionales. Cualquier veleidad crítica sobre la globalización estará fuera del estricto marco constitucional. La independencia del BCE convierte a este organismo público en una entidad que no responde ante ningún órgano político

democrático sea nacional o europeo, no pudiendo "solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, organismos y agencias de la unión, ni de los gobiernos de los estados miembros, ni de ningún otro órgano" (art. 80).

Esta autonomía absoluta pretende conseguir "una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia"(art. 69). Si el Banco Central Europeo no debe responder ante ninguna autoridad política, su mandato le exige un respeto estricto de los mercados.

El proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa se presentaba, pues, como un regalo para los ciudadanos europeos, que el mercado concedía graciosamente. Derechos y libertades que quedan supeditados al cumplimiento del derecho básico del buen funcionamiento de la economía. Pocas dudas quedan de lo anterior, si comparamos la regulación de la libertad de circulación aplicada a las personas y al capital. Por lo que se refiere al capital "quedan prohibidas las restricciones tanto a los movimientos de capitales como a los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países" (art.III.45), mientras que por lo que a las personas se refiere sólo "los trabajadores tendrán derecho a circular libremente dentro de la Unión". Queda claro que las personas sólo gozan en este marco de la libertad de circulación en cuanto trabajadores y necesarios al capital.

Más allá de la política y los derechos sociales, el mercado se impone en la nueva constitución europea como el lugar en que se manifiesta la verdad indiscutible. Las libertades y derechos que recogía el proyecto constitucional de la *democrática* Unión Europea sucumben ante el poder del orden económico triunfante.

Ahora, tras una azarosa travesía del tratado constitucional europeo por los diferentes países en los que se ha sometido a consulta popular, los técnicos de la UE, han decidido que " Ha llegado la hora de acelerar ", según reza el Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo 2006 de la Comisión Europea, y en ese sentido se destaca

que “ El aumento de la capacidad de respuesta de los mercados de trabajo europeos es crucial para el impulso de la actividad económica y la consecución de una mayor productividad “.

Con claridad pasmosa, el Libro Verde que se propone a consulta a los diferentes agentes sociales que así deseen hacer llegar “ contribuciones “ a la Comisión Europea, durante un plazo de cuatro meses, marca con fuerza la función que debe desempeñar el Derecho Laboral para así promover una “ flexiseguridad “ en el entorno europeo, que potencie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más incisivo, que nos lleve a una Europa más competitiva.

Lejos de promover políticas para acabar con las ilegalidades generalizadas que se cometen por los empresarios en las relaciones salariales y cuestionar la impunidad con que actúan, los ideólogos de la iniciativa política de modernizar el Derecho del Trabajo hacen apología de una economía de mercado cada vez más globalizada y de “ unas empresas que puedan responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones “ (pág. 4 del Libro Verde).

Al contrario de la idea que tiene la Comisión Europea sobre qué representa el Derecho del Trabajo, a nuestro juicio el derecho social se ha de entender como un poder compensador de la desigualdad social imperante, como un derecho autónomo que pone ciertos límites a la explotación de la clase trabajadora, por la clase social que posee los medios de producción.

Es un hecho que todas las normativas laborales que suponían cierto derecho defensivo, tutitivo, de la parte más débil en las relaciones laborales y sociales, han sido transformadas en normativas flexibles, no rígidas para los empresarios, para que puedan utilizar la fuerza de trabajo como una mercancía moldeable, flexible, tanto a la entrada al mercado de trabajo, como a la salida del mercado, y por supuesto, mientras dura esa utilización, que ellos controlan, dirigen y deciden. Ahora, la propuesta de la Comisión Europea es, por consiguiente, una nueva vuelta de tuerca en la política de desregulación del mercado de trabajo.

Por desgracia, el papel jugado por los grandes sindicatos integrados en la CES, en estos últimos años ha sido interiorizar la lógica del mercado, hablando de la necesidad del crecimiento, de la productividad, de la inversión para crear empleo, utilizando las mismas ideas fuerza que las patronales y avalando que la Europa de Maastrich es un logro, no cuestionando un sistema social que crea injusticia, paro, precariedad, exclusión.

En este contexto, un Derecho del Trabajo que proteja la parte más débil del contrato constituye una anomalía. La protección del Estado a personas mayores, enfermos y parados, genera déficit público y esto supone un problema para cumplir el pacto de estabilidad de la Moneda Única. El Derecho del Trabajo, pues, debe modernizarse. Así, las situaciones ilegales impuestas de hecho por los empresarios serán legalizadas.

Por ello, el Derecho del Trabajo como protector de la parte más débil en el contrato laboral tiene que continuar su autodestrucción y confiar en la bonitas palabras y promesas de los apologetas de la globalización, para el cumplimiento de los derechos sociales que de los asalariados. El Derecho del Trabajo, pues, al igual que la política, está sometido a un orden burocrático, regido por las leyes del Mercado.

La Comisión Europea demuestra, en definitiva, con su agresiva propuesta de reforma de la legislación laboral de los Estados de la UE, su servilismo con el modo de producción capitalista, colocando al capital en el puesto de sujeto constituyente. Los derechos y libertades absolutos e indiscutibles son para él. Los derechos sociales y humanos son incompatibles con los derechos del capital, constitucionalmente protegidos. En definitiva, una iniciativa que milita en un aumento de la flexibilidad y desregulación para los derechos sociales y una apología decidida de potenciación de la seguridad para los intereses de la economía de mercado en el marco europeo.

5. INIZIATIVA DEMOCRATICA FORENSE (IDF) - ITALIE

LE “LIVRE VERT” DE LA COMMISSION EUROPEENNE ET L’EXPERIENCE ITALIENNE DE LA “FLEXICURITY” (traduction de l’italien)

La lecture du “Livre Vert” présenté par la Commission Européenne provoque, chez les juristes du droit du travail italien, une nette sensation de déjà-vu. En effet, on y retrouve les mêmes principes qui ont inspiré la publication en Italie d’un “Livre Blanc” en 2001, époque du gouvernement de centre droite présidé par Berlusconi (ces principes y étaient même développés de manière plus ample et élaborée) et, ensuite, la Loi n.30/2003 et le D.Lgs d’application n. 276/2003.

La finalité, la “ratio legis”, était de remplacer la sécurité à laquelle le travailleur avait droit dans son contrat de travail grâce aux normes protectrices d’origine légale ou collective, par une sécurité différente “du marché du travail” à l’aide de subside de flexibilité et accès aux services primaires et sociaux garantis par l’Etat avec la possibilité pour l’employeur d’utilisation libre, ou flexible, dudit travailleur.

L’expérience italienne ne s’est pas limitée au débat théorique et politique. En effet, la « flexicurity », une fois conceptualisée, a aussitôt permis, à l’aide des lois précitées, l’introduction et l’utilisation concrète d’une typologie de contrats atypiques et flexibles tellement vaste que l’on parle de « jardin zoologique », ou de « supermarché » de la précarité. On peut citer, par exemple, les contrats à terme libéralisés, les contrats « job on call », les contrats à mi-temps avec des clauses élastiques, les contrats de sous-traitance, les contrats de travail occasionnel, d’apprentissage, les contrats de collaboration « à projet », qui donnent lieu à des rapports de travail « para-subordonné ».

Une donnée est, alors, acquise : après plus de trois ans d’expérience, personne, même du côté des employeurs, ne se berce plus de l’illusion, encore bien présente dans le «Livre Vert », que les rapports atypiques et flexibles peuvent constituer une opportunité positive pour le travailleur.

La réalité est bien différente et bien présente aux yeux de tous : les contrats atypiques et flexibles ont entraîné des salaires plus bas par rapport aux travailleurs traditionnels, des situations individuelles qui ne permettront pas d'avoir une pension digne, qui n'assurent qu'une protection très faible ou nulle en cas de maladie, accident de travail, maternité, de même qu'ils n'offrent aucune sécurité dans la continuité du travail et du salaire, situation de dépendance humiliante, c'est-à-dire, une vie « à la journée » sans possibilité de programmer sa propre vie future.

La raison de ce triste constat est simple : l'hypothèque qui pèse sur le concept même de « flexicurity » est l'abolition de la dimension collective syndicale parce que le travailleur précaire est structurellement isolé, vu son insécurité personnelle et l'impossibilité de se défendre collectivement, donc très faible vis-à-vis de son employeur. Plusieurs points du « Livre Vert » amènent à craindre que la « flexicurity » ne dégénère en exploitation. Et qu'il sera un peu tard de regretter dans l'avenir les effets de mesures prises, qui n'auraient pas dû l'être.

Par ailleurs, même les employeurs les plus convaincus ont compris que l'avantage que leur assurent les contrats atypiques, c'est-à-dire une réduction du coût du travail afin de faire face à la concurrence internationale, est en réalité de courte durée et est une voie sans issue. Ceci parce que cette compression du coût du travail n'est pas suffisante, quand il s'agit de production à basse valeur ajoutée, pour affronter la concurrence des pays extra-européens. Tandis que les productions à haute valeur ajoutée – les seules qui offrent un avenir aux pays de vieille industrialisation - nécessitent des instruments contractuels allant dans le sens contraire des contrats atypiques, c'est-à-dire qui poursuivent la stabilisation, la fidélisation et la qualification continue des ressources humaines.

La « sécurité du marché » a également été un échec, en premier lieu, pour la pauvreté conceptuelle du « Livre Blanc » du gouvernement Berlusconi, pauvreté conceptuelle que l'on retrouve dans le « Livre Vert » de la

Commission Européenne : l'on y trouve uniquement l'habituelle allocation de chômage, plus ou moins « bien modulée », et des activités non identifiées de requalification professionnelle et de politique active du travail.

L'expérience a démontré que si, vraiment, l'on voulait combler les « vides » laissés par les contrats atypiques, le premier instrument est très coûteux et difficilement soutenable pour les finances publiques (cfr. le cas danois (où l'indemnité de chômage représente 90% du dernier salaire pour une période de 4 ans consécutifs), qui a imposé une taxation élevée - qui, pour 1/3 de la population, arrive à 66% du salaire) ; tandis que le deuxième instrument (programmes de formation et requalification professionnelle ainsi que politique sociale active) est générique, et sur le terrain, très peu efficace s'il n'y a pas de participation des entreprises imposée par les conventions collectives. En conclusion, comme on devait s'y attendre, le Gouvernement de centre droite a « précarisé » les rapports de façon massive et n'a rien apporté - ni pouvait apporter peut être - sur le plan de la « sécurité du marché ».

Le nouveau Gouvernement de centre gauche est, donc, en train de bouger (même si encore de façon timide) dans le sens opposé : non dans celui de la division entre le contrat de travail et le monde du travail, qui produit une myriade de « contrats atypiques », mais dans celui de la réunification d'une forme contractuelle de travail subordonné dans laquelle une flexibilisation des modalités d'exécution du travail dans le cadre d'un contrat de travail subordonné peut se créer mais toujours dans l'unicité des protections fondamentales.

Il faut signaler, à ce propos, l'équivoque historique sur laquelle le « Livre Vert » de la Commission Européenne s'attarde encore lorsqu'il définit le rapport contractuel à régler et promouvoir (en prévoyant des garanties minimales), à savoir la notion de « travail économiquement dépendant » situé - ou à situer - à côté du travail subordonné traditionnel. Les Auteurs du « Livre Vert » ne se rendent pas compte que c'est uniquement pour des raisons historiques que la législation protectrice du travail a été accolée au travail subordonné. En effet, ceci constituait l'épiphénomène accompagnant le travail économiquement

dépendant, celui-ci étant caractérisé par une double dissociation du travail par rapport au travailleur : dissociation par rapport à l'organisation du travail de même que par rapport au résultat utile.

Il faut alors approuver la juste prospective de la Commission Supiot et comprendre que la protection légale et contractuelle est, rationnellement, liée à l'état de dépendance économique, et non à la subordination en tant que telle, qui, elle, pourrait devenir uniquement une des modalités d'exécution d'un contrat de travail plus vaste, exercé sous la dépendance d'autrui, auquel il faudra joindre les protections économiques et de « statut », tout en rendant possibles diverses modalités d'exécution différentes (ce qui peut se traduire en « bonne » flexibilité).

C'est cette prospective qu'il est nécessaire d'opposer, comme alternative, aux propositions négatives (parce que déjà expérimentées) du « Livre Vert ».

II. REPONSE AUX 14 QUESTIONS

1. Quelles seraient, selon vous, les priorités d'un programme conséquent de réforme du droit du travail ?

1.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Si une réforme du droit du travail actuel devait être entreprise, et ce afin d'apporter au système actuel des modifications aux règles de droit positif, la priorité absolue doit être de mettre un terme aux dérives enregistrées depuis une vingtaine d'années allant dans le sens d'une précarisation – devenue quasi institutionnelle – du travail salarié. Traditionnellement, les législateurs nationaux s'étaient attachés à faire de l'emploi à durée indéterminée le principe en matière de relations de travail, étant que la rupture du contrat, si elle intervenait, était un risque lié à la nature du contrat et qui pouvait – ou non – survenir. Dans la situation actuelle, le contrat de travail à durée indéterminée est conclu bien moins fréquemment qu'il n'est recouru à de nombreuses formes d'engagement à durée déterminée (parfois même très courte), à caractère temporaire ou dans une panoplie de statuts qui ne sont même pas des contrats de travail et impliquent un petit salaire.

Signalons, notamment, en Belgique que, à la demande du patronat, il a été admis une dérogation importante à l'interdiction de contrats à durée déterminée successifs et que, actuellement, moyennant le respect de conditions de durée pour chacun de ces contrats, jusqu'à quatre contrats peuvent être conclus en l'espace de deux ans (le système étant également admis moyennant de légers aménagements (dont une simple information aux services d'inspection) sur une durée de trois ans). Ce système a été introduit par la loi du 30 mars 1994, sans aucun intérêt en contrepartie pour le travailleur.

La tendance qui consiste à concevoir une réforme du droit du travail exigeant l'acceptation d'une flexibilité sans cesse plus grande doit connaître un point d'arrêt. La priorité va donc au rétablissement de la garantie de stabilité d'emploi et, dans le respect de ce principe, de l'octroi de cette stabilité aux travailleurs de tous les pays de l'Union Européenne, dans le sens d'une protection non pas minimale, mais de la protection la plus élevée.

1.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Le SAF ne peut souscrire aux intentions que révèle la présente question telle qu'elle est formulée ensuite d'une introduction générale déjà critiquée au titre des remarques préliminaires.

Le terme « conséquent » peut avoir deux sens :

- Soit il s'agit d'une conséquence des raisonnements susvisés et la critique précédente atteint « conséquemment » toute réponse à cette première question.
- Soit il s'agit de réfléchir aux faiblesses du droit du travail dans son ensemble et notamment à celles qui font que cette branche du droit est celle qui a le plus de difficulté à être rendue effective, c'est-à-dire à devenir l'environnement naturel des rapports individuels et collectifs de travail.

Dans ce dernier sens un programme significatif de réforme du droit du travail devrait au moins comporter :

- Une limitation de la règle de l'unicité de l'instance **aux seules procédures prud'homales consécutives à la rupture du contrat de travail.**
- Une réévaluation des règles de preuve devant les juridictions civiles permettant aux salariés de retrouver un équilibre dans la charge de l'administration de ladite preuve, notamment **en rendant obligatoires certaines mesures d'instruction quand elles sont demandées.**
- **Une réévaluation du système d'évaluation des préjudices subis par les salariés** notamment par la censure des décisions de juges du fond qui

refusent de procéder à l'examen des préjudices invoqués par les demandeurs **au-delà de l'évaluation forfaitaire en nombre de mois de salaire.**

- Un décloisonnement des différentes procédures (civile et/ou pénale) mises en œuvre dans le champ du droit du travail – notamment pour permettre une meilleure efficacité de la lutte contre le travail dissimulé et contre les atteintes à la santé au travail – **en articulant et en rendant obligatoire la présence du parquet aux audiences** où sont mis en évidence des faits susceptibles de qualifications pénales.
- **La création d'une instance paritaire apte à juger des conflits individuels du travail dans le secteur public** dans le cadre d'une procédure orale débarrassée du formalisme de la procédure administrative.

1.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

De todos es sabido que el Derecho del Trabajo es un poder compensador, una herramienta de claro tinte social. Y ello porque el Derecho del Trabajo mismo surge del reconocimiento de una anomalía: la desigualdad en la relación asalariada entre empleador y trabajador. Mientras que el primero compra fuerza de trabajo y ocupa la "posición fuerte", el segundo la vende y ocupa la "posición débil".

Se trata, por tanto, de un instrumento compensador del equilibrio de fuerzas subyacente al contrato de trabajo y que interviene directamente en la tensión capital-trabajo. Este mecanismo se dirige, pues, a la protección del trabajador, que es la parte más débil de dicha relación.

Así pues, cualquier reforma que se opere en su ámbito debería encaminarse al reforzamiento de la posición obrera frente a la patronal. No puede entenderse el Derecho del Trabajo como una mera fórmula de intervención en la política económica que resulte adaptable a las circunstancias en función de los niveles de empleo ni como una variable dependiente del crecimiento económico o de la tasa de beneficio empresarial. Cualquier cambio tiene que dirigirse a reforzar los

rasgos propios del Derecho del Trabajo y su razón de ser. El recuperar el sentido original del Derecho Laboral debe ser la única reforma prioritaria a acometer.

No obstante de todos es sabido, que la Unión Europea no tiene competencia exclusiva en la política social y económica ni es la única responsable. En virtud del principio de subsidiariedad, la Unión se ocupa sólo de los asuntos para los que tiene sentido una solución a escala comunitaria.

Cuando se hable de adaptación de derecho laboral, debería hacerse en el sentido de adaptar los modelos procesales laborales nacionales para hacer posible la inmediata aplicación de los mínimos de derecho necesario establecidos a escala comunitaria, independientemente del tipo de contrato, ley nacional de aplicación o convenio colectivo por el que se rija la relación laboral del trabajador.

1.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Adaptación del contrato de trabajo a las nuevas formas de empresa con el fin de que, sea cual sea la forma que adopten, queden garantizados los derechos de las partes que lo suscriben.

2. 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 ?

2.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Cette question est peu claire. Il semble qu'elle présuppose la nécessité d'abandonner des règles protectrices du droit du travail et notamment de réduire l'importance de la négociation collective (essentielle en matière de salaires, par

exemple), afin de poursuivre en priorité un but de flexibilité, c'est-à-dire de disponibilité accrue du travailleur pour les besoins de la production. Il ne faut pas mettre sur le même pied cet objectif (qui relève des préoccupations et des prérogatives patronales et implique dès lors que les mesures qu'il veut mettre sur pied sont soumises à la négociation collective) avec l'objectif prioritaire de la sécurité au travail et dans l'emploi.

En ce qui concerne la flexibilité, il n'y a aucune nécessité d'adapter le droit du travail et de modifier le processus de la négociation collective dans le seul but d'obtenir des travailleurs une plus grande flexibilité permettant uniquement la réalisation d'objectifs de profit. Il faut rappeler ici que la main d'œuvre des pays de l'Union Européenne est une main d'œuvre qualifiée, qui, si elle peut avoir un coût financier supérieur à celle d'autres pays avec une moindre (ou sans) tradition industrielle, justifie pleinement celui-ci, du fait de sa qualification.

En ce qui concerne la sécurité au travail, le droit du travail doit certes tenir compte – et sur cette question des évolutions sont attendues par le monde du travail – des nouveaux risques professionnels, liés au stress, aux performances, aux nouvelles maladies professionnelles, etc. Nul besoin d'envisager sur ce point une modification du rôle des conventions collectives de travail, qui doivent continuer à jouer leur rôle. Celles-ci peuvent sans doute davantage tenir compte dans les normes, imposées sur le plan national ou dans les secteurs professionnels, des exigences liées aux conditions de travail. Si tel est en principe le rôle de la législation elle-même, rien n'empêche que des normes de protection existent également dans les conventions collectives de travail.

Par ailleurs, des conventions collectives de travail sectorielles transnationales devraient voir le jour afin de reproduire, sur le territoire de l'Union Européenne, le mécanisme de protection à la base des CCT sectorielles nationales : à savoir le règlement des salaires dans un secteur déterminé afin de tenir en échec le déplacement des discussions salariales et/ou des conditions de travail (temps de travail, ...) vers l'entreprise elle-même, mettant ainsi en concurrence les travailleurs de diverses entreprises du même secteur (soit-il national ou européen).

Enfin, la question de la segmentation du marché du travail est une question qui touche à la politique de l'emploi. Il ne faut pas mélanger les questions juridiques

liées au contrat de travail individuel (avec ses dimensions de droit collectif) et les politiques nationales en matière d'emploi, induites des mouvements du patronat, qui tentent – avec plus ou moins de bonheur – de juguler ceux-ci ou de les satisfaire. Il ne s'agit pas d'une question d'ordre juridique.

2.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Il a été observé plus haut que la recherche d'une adaptation du droit du travail pour « *contribuer à améliorer la flexibilité et la sécurité dans l'emploi* », etc. repose, au sens des rédacteurs des présentes observations, sur un contresens de principe.

Au demeurant, pour ce qui concerne le système en vigueur en France en matière d'articulation entre les sources étatiques (i.e législative, réglementaire et jurisprudentielle) et conventionnelles du droit (conventions collectives, accords d'entreprise, contrats individuels et collectifs de travail), seules les secondes semblent pouvoir fournir les adaptations librement consenties entre partenaires égalitaires qui permettraient de dégager des compromis acceptables entre souplesse et sécurisation des relations professionnelles, secteur par secteur.

2.3. POSITION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Mientras que seguridad de empleo y reducción de la segmentación son elementos encaminados en una misma dirección, la flexibilidad no lo es. Y ello porque flexibilidad y seguridad son términos antitéticos. Se trata de un debate entre la protección y la desregulación de la fuerza de trabajo. Ni que decir tiene que la filosofía propia del Derecho del Trabajo se encamina a la protección y seguridad del empleo en los mercados de trabajo.

Es por ello que el objetivo de la flexibilidad está reñido con los otros objetivos antes expresados. Volver al sentido originario del Derecho del Trabajo significa apostar por la seguridad del empleo y la reducción de la segmentación del

mercado de trabajo a la vez que situar una carga de profundidad contra la flexibilidad.

2.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

La flexibilización en las condiciones de trabajo que recojan las leyes y la negociación colectiva debe atender en paridad de condiciones las desiguales exigencias de prestación de servicios y las necesidades derivadas de la conciliación entre el trabajo, la salud, la vida familiar y la de relación social.

3. La réglementation existante – sous la forme de lois et/ou de conventions collectives freine-t-elle ou stimule-t-elle les travailleurs et les entreprises dans leurs efforts pour saisir les opportunités d’accroître la productivité et s’adapter aux nouvelles technologies et aux changements liés à la concurrence internationale ? Comment la qualité de la réglementation applicable aux PME peut-elle être améliorée, tout en préservant les objectifs de celle-ci ?

3.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Nous considérons qu’il n’appartient pas aux travailleurs d’être stimulés par la recherche de la flexibilité. En outre, les évolutions que doit connaître le droit du travail doivent intervenir dans sa sphère propre, à savoir la garantie des conditions de travail et de rémunération en tant que juste contrepartie du travail fourni. Elles doivent également assurer la sécurité au travail et le bien-être.

Les phénomènes de concurrence commerciale sont et doivent rester étrangers à cette évolution, d’autant que leurs développements actuels ne présentent rien de

particulier par rapport au contexte économique général de concurrence des marchés. Il n'y a pas de lien entre les questions de concurrence entre entreprises (problèmes économiques et financiers) et une obligation pour les travailleurs de se sentir « *stimulés dans leurs efforts pour saisir les opportunités d'accroître la productivité et s'adapter aux nouvelles technologies et aux changements liés à la concurrence internationale* ».

Outre que cette obligation est verbeuse, il n'échappera pas que, en tant qu'elle voudrait faire porter sur le monde du travail l'obligation d'accroître la productivité (augmentation du temps de travail ?) afin de tenir compte de décisions économiques et financières des entreprises – voire une responsabilité au cas où des efforts suffisants ne seraient pas consentis - , cette affirmation omet de tenir compte d'une donnée de base du droit du travail, étant que le pouvoir d'organisation et de gestion fait partie des prérogatives patronales, de même que le risque d'entreprise. Aucun droit d'immixtion (ou peu) n'est accordé aux travailleurs dans la majorité des pays de l'Union Européenne à cet égard.

En ce qui concerne les P.M.E., elles ne présentent du point de vue du droit du travail aucune difficulté particulière et semblent plutôt bien adaptées à une part spécifique du marché du travail des pays de l'Union Européenne (entreprises de transformation, interfaces dans la production, sociétés de services, ...). La modification qui devrait intervenir dans le droit du travail pour ce type d'entreprises est l'augmentation de la représentation syndicale dans les organes de concertation, c'est-à-dire l'abaissement du seuil minimum de travailleurs pour l'installation de tels organes, garants d'une meilleure démocratie sociale.

3.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Sur cette question, le second membre de phrase étant incompréhensible, il ne sera tenté de répondre qu'au premier.

La première phrase révèle la méconnaissance du système juridique Français par les rédacteurs du questionnaire et entraîne nécessairement la confusion entre les principes généraux civilistes applicables à tous les contrats à exécution

successive qui relèvent de la loi et ce qu'il est convenu d'appeler la réglementation qui peut gouverner le formalisme de certains contrats.

Le développement des contrats précaires – en particulier les contrats d'intérim – démontrent largement qu'une réglementation détaillée n'est en aucun cas un frein à la gestion des à-coups de production.

S'agissant de la « réglementation » de la rupture du contrat de travail, qui semble être le cœur de cible de la diatribe des auteurs, et sauf à interdire le contrôle du juge sur le motif du licenciement, il est abusif de considérer qu'elle constituerait un frein aux efforts d'adaptation des travailleurs.

3.3. POSITION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

La reglamentación existente es el marco en el que deben desarrollarse tanto la actividad económica como la actividad laboral. No existe ningún estudio científico que pueda relacionar directamente la calidad y cantidad en el empleo con el oportunismo empresarial.

La normativa comercial, tecnológica, etc... y las medidas concretas de política económica que se dicten para las PYMES no deben condicionar los mercados laborales porque no son indicadores adecuados de la mejora de la situación de los mismos.

La publicación del Libro Verde en julio de 2001 "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas" ha demostrado que la naturaleza voluntaria no es eficaz para salvaguardar a los trabajadores, por lo que la reglamentación existente debe mejorarse para cumplir ese objetivo.

4. Comment faciliter le recrutement au moyen de contrats permanents et temporaires, que ce soit par la voie législative ou par le biais de conventions collectives, de manière à accroître la souplesse de ces

contrats tout en garantissant un niveau suffisant de sécurité dans l'emploi et de protection sociale ?

4.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

La réponse à cette question est donnée dans les cinq points ci-après.

- Les termes d'engagement temporaire et de sécurité d'emploi sont antinomiques. Il ne sera dès lors pas répondu plus avant sur cette partie de la question.
- Les conventions collectives de travail n'ont pas pour mission de déterminer les conditions de la conclusion d'un contrat de travail, ceci étant la prérogative du législateur.
- Nous ne comprenons pas ce qu'il faut entendre par « souplesse », ceci n'étant pas un terme juridique.
- Nous rappelons l'objet prioritaire du droit du travail, qui est, effectivement, d'assumer le plus haut niveau de sécurité dans l'emploi et la plus grande protection sociale du travailleur salarié.
- Enfin, si faciliter le recrutement a pour objectif de recruter dans une absence de perspective de stabilité d'emploi (ladite « souplesse »), nous n'avons pas de proposition à faire mais tenons à réaffirmer l'exigence de respecter les lois impératives en vigueur dans les différents Etats sur la question.

4.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

S'agissant du deuxième point, à savoir la préservation d'un niveau suffisant de sécurité sociale (i.e : assurance maladie maternité accidents du travail, assurance vieillesse et assurance chômage), le système français, dans lequel le socle des droits est attaché à la personne et non à la collectivité de travail ou au syndicat, offre une liberté considérable au travailleur et à l'employeur dans la mesure où

ces droits n'ont pas besoin d'être renégociés à chaque changement d'employeur ou de branche d'activité professionnelle. Il s'ensuit, contrairement à une idée répandue, que le taux de rotation dans l'emploi (rapport du nombre de personnes qui changent d'emploi chaque année par rapport au nombre d'emploi total) est notoirement plus élevé en France (12%) qu'en Allemagne (9%) et à peine inférieur à la Grande Bretagne (13%).

Sur la première partie de la question « *accroître la souplesse [des contrats permanents et temporaires] ...tout en garantissant un niveau suffisant de sécurité dans l'emploi* » les intentions du questionnaire n'apparaissent pas clairement :

- Pour ce qui est des contrats d'intérim, ceux-ci connaissent une grande souplesse et on ne voit pas ce qui pourrait être plus souple.
- Pour le CDD, peut-être veut-on proposer d'aligner le régime de la rupture du CDD sur celui du CDI. Ce serait oublier qu'au niveau des principes la liberté de rompre un contrat à exécution successive à durée indéterminée est justement la contrepartie de la durée indéterminée de son exécution.

Cette proposition apparaît donc paradoxale - ce que reflète d'ailleurs bien le caractère alambiqué de sa rédaction.

4.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Debe optarse, en todo caso, por un modelo que garantice un empleo digno, bien remunerado y de calidad. Normalmente el mismo suele establecerse mediante contratos de duración determinada, y de ello es buen ejemplo la política de empleo de los Sectores Públicos.

Sólo la estabilidad y seguridad del empleo digno fortalece la economía al establecer un "circulo vicioso" mediante la acción interactiva del empleo, la protección social, la inclusión social, la igualdad de oportunidades, la capacidad adquisitiva y por tanto la dignidad y calidad de vida de los trabajadores. El empleo digno es la única fuerza impulsora de una economía sana, inclusiva y de justicia social.

La seguridad en el empleo y la adecuada protección social chocan frontalmente con el uso habitual de contratos temporales y demás fórmulas de “contratos basura”. Si los gobiernos no tienen la capacidad de generar empleo de calidad deben garantizar unos ingresos mínimos a cada ciudadano para el caso de que no se encuentre o el que haya no sea de calidad.

4.4. POSICION DEL ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS

La estabilidad en el empleo debe ser objeto de protección especial por la norma jurídica de tal manera que se excluya o sancione la rescisión del contrato unilateral por parte de la empresa, con obligación para los casos de crisis de proponer medidas alternativas dirigidas a mantener el empleo de las personas afectadas.

5. Cela vaudrait-il la peine d'envisager de combiner un assouplissement de la législation de protection de l'emploi à un système bien conçu de soutien aux chômeurs sous la forme de compensations pour perte de revenu (politiques passives de marché du travail) mais aussi de politiques actives de marché du travail ?

5.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Pour répondre à cette question, il y a d'abord lieu de préciser le contenu des politiques actives du marché du travail envisagées.

Nous pensons que les chômeurs sont demandeurs de réelles politiques de réinsertion. Nous sommes totalement contre une politique qui part du principe que l'indemnisation des chômeurs est un frein au marché de l'emploi et qui fait de

l'activation un moyen de contrôler la "réelle" volonté des chômeurs de se réinsérer en faisant abstraction de ses possibilités concrètes. Un bilan doit être réalisé en Belgique quant aux nouvelles mesures d'activation du comportement des chômeurs mais des éléments sont actuellement disponibles. Nous concluons que l'organisme responsable de ce suivi (Office National de l'Emploi) ne procède pas à l'analyse desdites possibilités, mais impose des obligations quantitatives (nombre d'entreprises à contacter) ou administratives, sans vérifier le lien causal entre le respect de ces obligations et la circonstance que le chômeur n'a pas trouvé du travail.

En tout état de cause, l'amélioration des politiques de lutte contre le chômage ne peut en aucune manière impliquer un « assouplissement » de la législation de protection de l'emploi. La question est d'ailleurs formulée, ici, en des termes à ce point généraux et vagues qu'ils ne peuvent que déboucher sur des supputations quant au but poursuivi, dont la plus évidente touche à la remise en cause des préavis ainsi que du coût des procédures de licenciement individuel et collectif et de la sanction légale en cas de licenciement abusif (v. rapport KOK). S'il devait être envisagé ici de procéder à une restriction des droits des travailleurs en matière de préavis, la réponse est résolument négative. Le préavis représente pour le travailleur le préjudice (évalué forfaitairement) suite à la perte de l'emploi. Il s'agit d'un préjudice individuel, réparant le dommage tant matériel que moral du travailleur et dont on ne voit pas pourquoi il devrait y être renoncé.

Quant aux politiques passives de soutien aux travailleurs sans emploi, il y a lieu ici encore de tendre vers un standard de protection acceptable – c'est-à-dire une indemnisation décente – pour l'ensemble des travailleurs de l'Union et non d'une protection minimale.

5.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Mis à part le contrôle des licenciements économiques importants assujettis à l'obligation de plans de sauvegarde de l'emploi, il n'y a pas en France de législation de la protection de l'emploi.

On doit rappeler sur ce point que moins de 10% des licenciements pour motif économique sont contestés devant les juridictions.

Le contrôle des ruptures pour motif personnel repose sur le caractère réel et sérieux du motif de la rupture invoqué par l'employeur. Renoncer à cette notion pour revenir au simple contrôle de l'abus de droit antérieur à 1973 constituerait une régression sensible (on rappellera que dès 1945, l'Allemagne et l'Italie avaient instauré la notion de juste cause ou de motif légitime et permis la réintégration dans l'emploi de la personne injustement licenciée) et contraire aux instruments internationaux que la France a ratifiés.

En outre, les textes européens sur la discrimination, sur la protection de la femme enceinte, sur le droit disciplinaire obligerait de toute façon le juge à contrôler le motif réel de la rupture.

Il n'est donc pas possible (et à notre sens pas souhaitable) de transformer un système de contrôle par le juge en un système de socialisation du coût des décisions quelquefois absurdes de certains employeurs.

5.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

No. No se puede plantear en ningún caso una "relajación de la legislación de protección del empleo" y menos aún esperar que los interlocutores sociales o civiles aplaudan dicha política económica.

Lo que sí merece la pena es una legislación de protección del empleo –tanto en términos cuantitativos como cualitativos- a la vez que una asistencia adecuada a las situaciones de desempleo, debiéndose abrir urgentemente un amplio debate social sobre renta básica y formas alternativas de protección social.

5.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Las políticas para hacer frente a las situaciones de desempleo deben centrarse en el reciclaje y recolocación de los trabajadores afectados por esta situación.

6. Quel pourrait être le rôle de la loi et/ou des conventions collectives négociées par les partenaires sociaux dans la promotion de l'accès à la formation et les transitions entre les différentes formes de contrats afin de soutenir la mobilité verticale tout au long d'une vie professionnelle pleinement active ?

**6.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE
(BELGIQUE)**

Des mesures existent afin d'assurer la promotion de la formation professionnelle en début de carrière ou en cours de celle-ci. Le système belge associe d'ailleurs les interlocuteurs sociaux aux politiques de formation. La question n'est pas de savoir 'quel pourrait être le rôle de la loi et/ou des conventions collectives', mais si les formations offertes dans le cadre des divers programmes nationaux ou régionaux sont de nature à rencontrer à la fois les aspirations des travailleurs et les possibilités d'embauche.

Il s'agit d'une question touchant davantage la politique sociale.

6.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

La question de la prise en charge de la formation tout au long de la vie, et en particulier dans les interstices de la vie professionnelle d'un salarié, est relativement bien réglée en France pour les personnes qui connaissent leurs droits.

Par contre la complexité des textes, la multiplication des organismes et les résistances de guichet (notamment ANPE et ASSEDIC) rendent ces possibilités peu accessibles aux travailleurs les plus démunis.

Une homogénéisation des droits (CIF et DIF par exemple), une prise en compte obligatoire par l'employeur des efforts de formation personnelle et des diplômes obtenus, ainsi que la mise en place d'une structure de conseil et d'information sur l'ensemble des dispositifs serait sans doute de nature à mieux toucher les publics qui auraient le plus besoin de progresser dans leur vie professionnelle.

6.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

En ese ámbito entendemos que deben jugar un papel destacado los interlocutores sociales, si bien debe facilitarse una regulación clara, concreta y específica sobre formación continua y política de ascensos.

La formación profesional debe ser una herramienta para la inclusión social, desde esa perspectiva se debe garantizar a cualquier ciudadano el acceso a dicha formación, la Ley o los Convenios Colectivos pueden reforzar dicho acceso como un derecho reconocido a todo trabajador, garantizando tanto la formación necesaria al trabajador que aspire a promocionarse, como la formación continúa para aquellos trabajadores que quieran conservar su puesto de trabajo y necesiten reciclarse.

6.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Tanto la Ley como la negociación colectiva deben constituir instrumentos dirigidos a conseguir el objetivo antes marcado.

7. Les définitions juridiques nationales du travail salarié et du travail indépendant doivent-elles être clarifiées de manière à faciliter les transitions en toute bonne foi entre le statut de travailleur salarié et celui de travailleur indépendant, et inversement ?

7.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Nous ne comprenons pas, ce qui est visé par « les transitions en toute bonne foi » d'un régime à un autre.

La qualification de la relation de travail est certes une question qui revient régulièrement (voir l'étude de A. Perulli, Travail économiquement dépendant / parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques) et qui confirme, en général, la fragilisation – voire la précarisation – du travailleur lorsqu'il exerce une activité professionnelle dans le cadre d'une relation de travail qui peut être qualifiée d'indépendante

Si une telle clarification devait être considérée comme nécessaire, c'est surtout afin de permettre une adéquation entre le travailleur et ses droits effectifs en matière de sécurité sociale et de revenus professionnels eu égard aux conditions dans lesquelles l'activité professionnelle est réellement exercée, et ce indépendamment d'un choix plus ou moins imposé d'un statut qui ne correspond pas à celle-ci dans les faits.

Encore faut-il s'entendre et déterminer si l'on entend réglementer une subordination au sens juridique ou une dépendance économique.

En Belgique la confusion est loin d'être dissipée. Pour l'application de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la subordination est une notion juridique. L'employeur doit pouvoir exercer sur le travailleur une autorité juridique. Certaines décisions des cours et tribunaux du travail avaient toutefois donné la primauté à des critères de dépendance économique. La cour de cassation a censuré cette démarche: le juge ne peut pas requalifier un contrat que les parties ont situé dans le cadre d'une relation indépendante en contrat de travail sur base d'indices économiques. Il existe toutefois des présomptions réfragables ou irréfragables d'existence d'un contrat de travail. Il y a aussi des personnes qui, sans être dans les liens d'un contrat de travail, sont assujetties à la sécurité sociale des travailleurs salariés vu leur situation de dépendance économique. Elles se trouvent alors dans une sorte de relation sui generis qui pose de sérieux problèmes puisque la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail ne leur est

pas applicable, pas plus que les conventions collectives de travail. Or, c'est par convention collective de travail que les barèmes de rémunération sont fixés.

Pour "résoudre" le problème du lien de subordination, le législateur a une nouvelle fois cédé à ses vieux démons, consistant à légiférer par des lois programmes, véritables lois "fourre-tout" prise en fin d'année civile sans véritable débat parlementaire et sans concertation avec les partenaires sociaux. Il a ainsi le 27 décembre 2006 adopté une loi programme dont les articles 328 et suivants traitent de la "nature des relations de travail". Ces dispositions ne modifient pas la loi du 3 juillet 1978 et donc la notion de subordination qu'elle contient. Elles concernent l'assujettissement à la sécurité sociale pour travailleurs salariés. La loi introduit la possibilité de déterminer, pour qualifier la relation de travail, des critères spécifiques propres à un secteur, une profession ou une catégorie de professions des critères complémentaires qui peuvent comporter des éléments d'ordre socio-économique. L'on pourrait ainsi arriver à étendre la catégorie des personnes qui sont assujetties à la sécurité sociale mais ne sont pas dans les liens d'un contrat de travail, ce qui ne nous paraît pas assurer réellement la sécurité juridique et, partant, la protection efficace des travailleurs.

La dissociation entre contrat de travail au sens du droit du travail et relation de travail assujettie à la sécurité sociale risque également de poser des problèmes en cas de détachement de travailleurs.

7.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

« *En toute bonne foi* » !!! Les définitions juridiques paraissent parfaitement claires, et c'est justement le problème de la bonne foi qui est en cause car le manque d'harmonisation européen permet que tel qui est considéré dans son pays comme un sous traitant indépendant agissant dans le cadre de la liberté de prestation de service peut se voir opposer en France ou dans des pays où le droit est plus élaboré la notion de loi de police sur la définition du salarié.

Un bon exemple de ce problème a été illustré il y a quelques années par l'affaire RUSH PORTUGUESA et plus récemment par des tentatives d'entreprises de prestation de service anglaises ou néerlandaises pour embaucher sous couvert

de « contrats indépendants » des travailleurs des nouveaux pays de l'UNION et les envoyer travailler dans un autre pays ...

7.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Es necesaria una definición clara de ambos términos que reduzca la utilización de “falsos autónomos”, que amplíe la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y que evite el fraude y el abuso a través de la subcontratación.

Respecto a este tipo de trabajadores se debe dar un claro avance para equipar su escasa protección social con el resto de los trabajadores. En este aspecto debe revisarse el precario papel que están desempeñando los Colegios Profesionales, cuya supuesta función tutelar no es eficaz para equilibrar los esquemas tradicionales de los distintos modelos de contratación, civil o mercantil, con la insuficiente cobertura social que ofrecen a sus colegiados. Servicio precario que además se impone, al ser la colegiación obligatoria para el ejercicio de dichas profesiones.

7.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Es necesaria una clarificación, adaptada a la realidad y bien delimitada, de la distinción entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, sin que quepa entender como solución líneas de legislación como la que se debate actualmente en el Estado español en la que se incrementa la confusión con la creación de figuras intermedias como la del trabajador autónomo (o por cuenta propia) dependiente, ya que solo ayudan a provocar mas ambigüedad.

8. 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’emploi et la protection des travailleurs ?

**8.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE
(BELGIQUE)**

Ceci est non seulement nécessaire, mais indispensable. En outre, s’il est exact que ce socle est indépendant de la forme du contrat de travail, il ne faut pas s’en tenir à des obligations minimales, mais être plus ambitieux. Le rôle des institutions européennes n’est pas de viser à un minimum de protection mais à des standards dans les normes, c’est-à-dire des étalons, dont rien ne permet a priori de justifier qu’ils ne soient que des droits minima. Si un standard est recherché, ses effets doivent nécessairement aller dans le sens d’une plus grande protection des travailleurs.

Quant à la création d’emplois, il s’agit d’un problème distinct de la fixation de standards de protection sociale, puisqu’il y va d’une politique de l’emploi. La question procède, à notre avis, sur ce point de la même confusion entre les questions de concurrence / exigences des marchés, qui impliquent – et l’ont d’ailleurs toujours fait – la mise en concurrence des entreprises et les normes garanties par le droit social qui ne peuvent être affectées par celles-ci. Il ne faut pas vicier le raisonnement par la mise en concurrence des travailleurs entre eux.

8.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Il est évidemment légitime que les travailleurs, quel que soit leur statut, qui sont dans une dépendance de fait ou de droit à l’égard d’un donneur d’ordre, bénéficient d’un socle de droits minimum.

Tel est d’ailleurs bien le but du travail de requalification auquel s’astreint le juge français.

Au-delà de la limite du travail salarié, le droit à la préservation de la santé sur le lieu de travail est déjà acquis sur la base des directives européennes.

On pourrait légitimement étendre à ce public le droit à participer à la détermination collective des conditions de travail.

8.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Sí, absolutamente necesario. A este respecto debe señalarse que dicho conjunto de derechos debe ser claro, eficaz y directamente exigible ante los Tribunales de Justicia ordinarios.

Dicho conjunto de derechos tendría un efecto positivo en la protección de los trabajadores, en la mejora de las condiciones de vida de los mismos, en la seguridad jurídica y se traduciría en una mejoría global de la situación económica y social.

8.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Es necesaria una respuesta decidida frente a la tendencia a la precarización en la que a través de una carta de derechos de los trabajadores se establezcan unas condiciones mínimas de garantía, a nivel de la Unión Europea, que pudieran ser invocados ante los tribunales en condiciones equiparables a las normas de derecho positivo de cada país.

- 9. Pensez-vous que les responsabilités des différentes parties aux relations de travail multiples devraient être précisées, pour déterminer à qui incombe la responsabilité du respect des droits du travail ? Serait-il faisable et efficace de recourir à la responsabilité subsidiaire pour établir cette responsabilité**

dans le cas de sous-traitants ? Dans la négative, voyez-vous d'autres moyens de garantir une protection suffisante des travailleurs partie à des relations de travail triangulaires ?

9.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

La question vise le démembrement du lien de subordination par le biais de mise à disposition ou de recours à du travail intérimaire.

En ce qui concerne la mise à disposition, la loi belge a facilité celle-ci depuis 2002, alors que la réglementation, qui date de 1987, est très stricte, dans le sens d'une interdiction de mise à disposition d'un tiers (sauf exceptions légalement admises). Les responsabilités de l'employeur et de l'utilisateur sont définies par la loi et, s'il est exact que des difficultés peuvent intervenir dans la mesure où l'utilisateur n'a pas la qualité d'employeur, mais a néanmoins le pouvoir de donner des instructions relatives à la prestation de travail, le contentieux en la matière est maigre.

En ce qui concerne le travail intérimaire, autre exemple d'éclatement d'autorité, la loi règle également - et globalement de manière satisfaisante - les relations individuelles de travail. Par contre, sur le plan collectif, l'exercice des droits de représentation est quasi paralysé, les intérimaires n'étant en général pas pris en compte dans les quotas de travailleurs occupés, ainsi en cas de restructuration d'entreprise, par exemple. Il y aurait dès lors lieu de redéfinir, essentiellement sur le plan du droit collectif, la place des travailleurs intérimaires dans l'entreprise qui les occupe, d'autant qu'ils ont sur ce plan peu – ou pas – de lien avec l'entreprise de travail intérimaire elle-même.

La question vise, en outre, de manière spécifique la question de la sous-traitance. Ce type de situation n'est pas une relation triangulaire sur le plan juridique, puisque aucun lien n'existe entre les travailleurs et l'entreprise qui fait appel au

Nous souhaiterions insister sur l'acuité de la problématique de la sous-traitance et sur les conséquences du recours croissant à celle-ci, tant sur le plan du droit individuel que collectif ou encore au point de vue de la sécurité au travail. Le risque financier lié à l'insolvabilité du sous-traitant ainsi que les problèmes liés à la sous-traitance en cascade ne veut pas échapper.

Nous joignons en fin de document un extrait de la contribution faite par notre association au colloque tenu en 2005 à Bruxelles sur La stratégie de Lisbonne concernant les questions posées sur cette problématique, qui doit être couplée à celle du travail des jeunes.

9.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

La question est assez bien réglée en France en ce qui concerne la relation triangulaire dans le cas des entreprises de travail temporaire.

Pour ce qui concerne la sous-traitance – vraie ou fausse- l'article L 324-14 du Code du Travail organise une solidarité efficace du donneur d'ordre et du sous-traitant.

Cette règle, introduite en 1991 dans le Code du Travail, semble avoir notablement clarifié et assaini un certain nombre de relations triangulaires.

9.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Debe prohibirse la subcontratación y la medicación onerosa en las relaciones de empleo. El trabajo ni es un bien ni es escaso. Por lo tanto no debe ser susceptible de tráfico económico ni de negocio.

Es conveniente establecer la responsabilidad solidaria en todos los casos y desarrollar la doctrina del "levantamiento del velo", ampliándose las

competencias y facultades de Organismos Públicos y Tribunales de Justicia en cuanto a la investigación de tales fenómenos. Así mismo debe destacarse que subcontratación y siniestralidad laboral son fenómenos con una relación directamente proporcional, y ello no es casual.

9.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS

Si.

10. Est-il nécessaire de clarifier le statut des travailleurs employés par des agences de travail intérimaires ?

10.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Non seulement il est indispensable d'assurer à cette catégorie de travailleurs des conditions de travail leur garantissant des règles normales de sécurité (voir la représentation de ces travailleurs et des jeunes – les deux étant souvent réunis – dans les accidents du travail), mais il faut lutter contre l'extension de cette forme de travail, qui, si elle est positive là où elle facilite l'intégration dans un milieu professionnel, ne peut constituer un mode de fonctionnement de base des relations professionnelles. Le développement du travail intérimaire ne facilite en rien, pour ces travailleurs (non plus d'ailleurs que pour leurs collègues), un apprentissage sérieux des normes de sécurité dans le milieu du travail, non plus qu'un fonctionnement adéquat des organes de concertation dans les entreprises. La situation des travailleurs intérimaires est encore davantage critique lorsqu'il est – également – fait recours de manière systématique à la sous-traitance et que ces intérimaires sont occupés par ces sous-traitants. Ils échappent dès lors – de facto – à tout contrôle effectif au niveau des organes de concertation.

10.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Voir réponse précédente.

10.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Es necesario prohibir, sin excepción, la existencia de empresas de trabajo temporal.

10.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Si con el fin de que puedan mantener íntegramente la posibilidad de ejercer sus derechos, en especial el derecho de representación sindical y de huelga.

11. Comment pourrait-on adapter les obligations minimales en matière d'aménagement du temps de travail afin d'offrir plus de flexibilité aux employeurs et aux travailleurs, tout en garantissant un niveau élevé de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ? Quels devraient être les aspects de l'aménagement du temps de travail à traiter en priorité par la Communauté ?

11.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

La jurisprudence de la Cour de Justice comprenant le temps de garde dans le temps de travail est un acquis positif pour la santé des travailleurs et le respect de leur vie familiale, qui doit être sauvegardé. Nous sommes contre l'annualisation du calcul de la durée maximale hebdomadaire de 48 heures, qui prolonge dans le temps la possibilité d'appliquer des horaires irréguliers nuisibles à la santé des travailleurs et qui désorganise leur vie sociale et personnelle. La clause d'opt-out, qui permet d'exercer des pressions inadmissibles sur les travailleurs et spécialement les plus précarisés doit être interdite.

11.2. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Les différentes réformes de la durée du travail en France ont construit un système complexe mais bien plus souple que la réglementation antérieure.

L'annualisation du temps de travail est à même de procurer aux entreprises les possibilités de modulation de la durée d'activité que les à coups de production peuvent exiger.

Il reste cependant des modalités traditionnelles ou nouvelles d'organisation de la durée du travail qui ne rentrent pas dans le cadre de la réglementation nationale et européenne.

On peut citer :

- le système des gardes hospitalières
- les équivalences concernant les activités de vigilance nocturne
- certaines professions mettant en œuvre du matériel technique mobile (tournage de films, retransmissions d'évènements sportifs).

Dans ces domaines la possibilité de déroger aux règles par voie conventionnelle permettrait aux entreprises de ne pas se trouver systématiquement en infraction grave à ladite réglementation.

11.3. POSICION DEL GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Quizá en ese aspecto puede jugar un papel importante la negociación colectiva. Ahora bien, deben imponerse límites máximos en la regulación del tiempo de trabajo, así como arbitrarse mecanismos más eficaces que velen por el estricto cumplimiento de los mismos.

Especialmente dentro de las PYMES, donde difícilmente llega la cobertura del derecho del trabajo cuando por el escaso número de empleados no existe representación social que vele por la efectiva aplicación de los máximos establecidos en materia de jornada.

11.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS (BARCELONE)

Se reitera lo manifestado en relación a la 2ª pregunta. En todo caso es prioritario que la Comunidad europea aborde la calificación de tiempo de trabajo de manera que permita limitar la disponibilidad de la empresa respecto de las prestaciones del trabajador derivadas del contrato de trabajo estrictamente al tiempo previamente establecido de común acuerdo, sin que quede el trabajador sometido a variaciones o improvisaciones que le impiden el pleno ejercicio de su arbitrio en los periodos no afectados por el tiempo retribuido.

12. Comment les droits du travail des travailleurs effectuant des prestations dans un contexte, notamment des travailleurs frontaliers, peuvent-ils être garantis dans l'ensemble de la Communauté ? Pensez-vous qu'il est nécessaire d'améliorer la cohérence des définitions du « travailleur » contenues dans les directives européennes, de manière à garantir que ces travailleurs puissent exercer leurs droits du travail quel que soit l'Etat membre dans lequel ils travaillent ? Ou bien estimez-vous que les Etats membres devraient garder une marge de manœuvre dans ce domaine ?

12.1. POSITION DU SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Nous n'envisagerons pas la question sous l'angle des spécificités du travail frontalier mais sous l'angle du détachement de travailleurs de manière générale.

Nous pensons que le principe de libre concurrence doit être subordonné aux droits fondamentaux des travailleurs et non le contraire.

Nous sommes attachés à la définition de la notion de travailleur par la législation du lieu d'exécution de la prestation de service (art. de la 2 directive "détachement"). Nous sommes pour l'application aux travailleurs détachés de toutes les conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont fixées en Belgique par des dispositions sanctionnées pénalement, qu'elles soient légales, réglementaires ou conventionnelles (loi belge du 5 mars 2002 exécutant la directive).

Nous sommes inquiets de l'incertitude qui règne dans la vérification des circonstances dans lesquelles la Cour de Justice est susceptible de considérer que l'application des dispositions du pays d'accueil n'est ni nécessaire ni proportionnée par rapport à l'objectif de protection des travailleurs (voir à ce sujet l'arrêt Mazzoleni du 15 mars 2001 et la note E. Pataut sous cet arrêt, Rev. crit. dr. internat. privé, 2001 p. 503, qui évoque l'instrumentalisation du droit du travail au bénéfice des exigences du droit de la concurrence).

Nous sommes pour l'obligation de déclaration PREALABLE du détachement (art. 139 loi programme 27/12/2006 I) et la responsabilité des utilisateurs finaux et des commanditaires établis en Belgique de faire eux-mêmes la déclaration en cas de défaut de l'entreprise qui détache (art.141 de cette loi).

Nous sommes pour la responsabilité solidaire du commettant en cas de manquement de l'entreprise qui détache à ses obligations envers ses travailleurs,

couplée à l'instauration d'un véritable droit d'action pour les travailleurs étrangers et leur organisation devant les tribunaux belges. Alors qu'elle s'en était très peu soucieuse jusqu'à présent, la Belgique a mis la réalisation de ces conditions (entre autres) comme préalable à la levée des mesures transitoires relatives à l'occupation de travailleurs étrangers suite à l'adhésion de nouveaux Etats membres. Nous attendons une réalisation effective de ces projets. Nous pensons que cette responsabilité solidaire ne doit pas être conditionnée à d'autres conditions que le défaut de l'employeur étranger, et notamment pas à l'exigence de la preuve d'une faute ou d'une complicité dans le chef du commettant (voir la position de la Commission dans l'affaire Cour de Justice contre Belgique-arrêt du 6/11/2006, C-433/04).

12.2. SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Les textes régissant le contrat de travail international (convention de LUGANO, convention de Bruxelles, directive sur le détachement des travailleurs, règlements communautaires 1407 et 1408 ainsi que 44/2001, directive BOLKESTEIN avortée, etc.) sont particulièrement abscons et ne peuvent être actuellement compris qu'à la lumière de la jurisprudence des tribunaux.

Cette insécurité juridique est préjudiciable aux deux parties mais plus encore au salarié qui n'a pas les mêmes moyens matériels d'information et de conseil que l'employeur.

Sur la deuxième et la troisième question, il y a été répondu plus haut sous la question 7.

12.3. GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Debe acometerse una regulación unitaria de este fenómeno, donde la igualdad en derechos sea el criterio que prevalezca sobre cualquier otro.

El papel de la Unión Europea debe ser el de garantizar una carta de derechos fundamentales exigible por todo trabajador que preste sus servicios en Europa,

en la aplicación del derecho laboral a trabajadores transfronterizos, debe regir el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador.

13. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de renforcer la coopération administrative entre les autorités compétentes, de manière à ce qu'elles puissent contrôler plus efficacement le respect du droit du travail communautaire ? Pensez-vous que les partenaires sociaux aient un rôle à jouer dans cette coopération ?

13.1. SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

Ceci est non seulement nécessaire mais doit être une priorité. Il s'agit surtout, afin de tenter d'éradiquer des pratiques de plus en plus fréquentes de mise au travail sans respect des standards de protection (conditions de travail et rémunération, droits en matière de sécurité sociale), de prévoir au niveau européen des services d'inspection sociale qui aient de réelles compétences ainsi que des moyens permettant de les mettre en œuvre. S'agissant d'une question de police administrative, nous pensons que l'Etat et les institutions publiques doivent jouer un rôle de premier plan. Nous insistons sur l'importance de la chose.

13.2. SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

OUI aux deux questions, mais il s'agit là d'une réponse politique et non technique.

13.3. GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Sí. Absolutamente necesario. Los interlocutores sociales deben favorecer dicha cooperación.

13.4. ASSOCIACIO CATALANA PER A LA DEFENSA DELS DRETS HUMANS
(BARCELONE)

Es del todo necesaria la actuación de los poderes públicos, en colaboración con los interlocutores sociales, en la garantía de los derechos reconocidos por las leyes, como respuesta a una política decidida a conseguir el cumplimiento integro de las mismas.

14. Pensez-vous que d'autres initiatives soient nécessaires au niveau de l'UE en vue de soutenir l'action des Etats membres dans la lutte contre le travail non déclaré ?

14.1. SYNDICAT DES AVOCATS POUR LA DEMOCRATIE (BELGIQUE)

L'Union Européenne doit :

- fédérer les politiques de lutte contre le travail au noir ; les coordonner et veiller à les rendre efficaces au-delà des frontières nationales ;
- mettre sur pied une police administrative communautaire avec de réelles compétences en matière de contrôle et de sanctions. Parmi ces sanctions, une part non négligeable peut consister en sanctions financières de l'employeur qui, par le fait du travail non déclaré, aura précisément entraîné une distorsion de concurrence par rapport à l'employeur respectueux de la réglementation ;
- identifier les secteurs prioritaires (secteurs qui sont connus) et prendre dans ceux-ci sans délai les mesures adéquates.

14.2. SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Les informations réunies en cette matière par l'AED montrent que le développement des « contrats poubelles » dans le sud de l'Europe constituent une poche de mal-développement qu'il faut bien évidemment réduire.

14.3. GRUPO 17 DE MARZO (MALAGA)

Sí. Y ello porque de esa manera pueden evitarse las altas tasas de siniestralidad laboral, ampliarse la protección social, procurar el cumplimiento del ordenamiento laboral, garantizar el cumplimiento del ordenamiento laboral, etc.

ANNEXE : extrait de la contribution de Mireille JOURDAN, avocat, au colloque organisé en février 2005 à Bruxelles sur La stratégie de Lisbonne

1 TRAVAIL INTERIMAIRE, SOUS-TRAITANCE ET TRAVAIL DES JEUNES

1.1 Réglementation concernant les groupes à risques

Constituent des facteurs de risques particuliers la méconnaissance par le travailleur des risques dans l'entreprise où il est amené à prêter, ainsi que – corollaire fréquent de l'impossibilité d'avoir une formation et une expérience suffisantes – le jeune âge. Ce risque est accru pour le travailleur qui est extérieur à l'entreprise.

1.1.1 Le travail intérimaire et le travail en sous-traitance

Un point commun entre ces deux formes de travail, sur le plan de la sécurité et de la santé au travail, est une plus grande mise en danger du travailleur par rapport aux risques professionnels, et particulièrement par rapport aux accidents du travail.

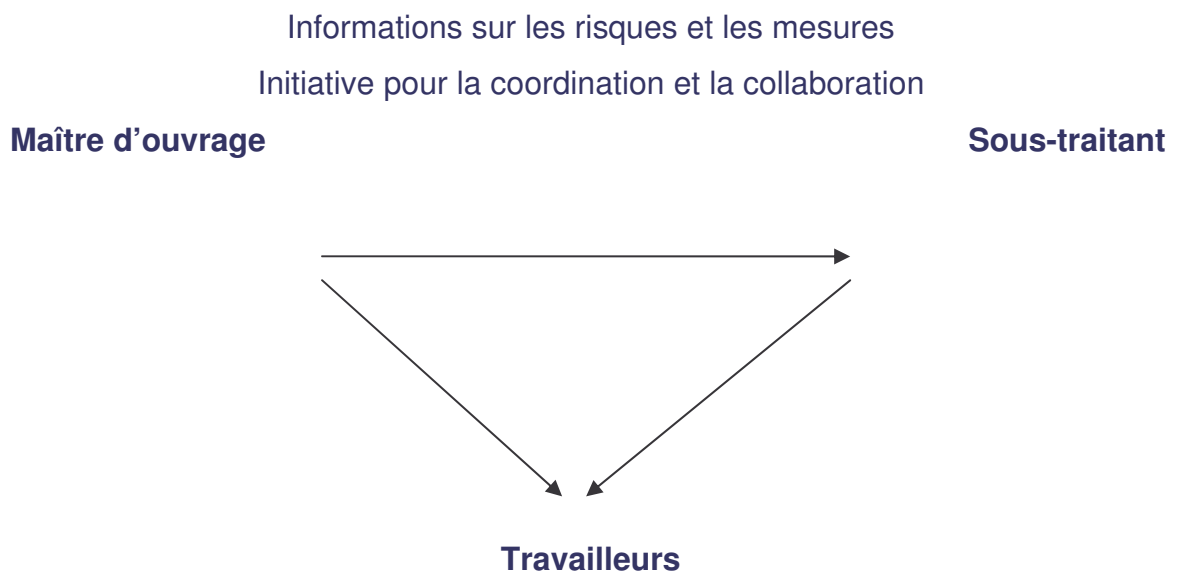
Ce qui les distingue, par contre, est la relation d'autorité issue du contrat de travail :

1. Le contrat de travail intérimaire consiste pour une entreprise qui n'a pas la qualité d'employeur mais d'utilisateur dans le fait d'occuper un travailleur salarié, qui sera étranger au milieu de travail dans lequel il devra prêter. Ce facteur entraînera généralement une absence d'intégration du travailleur dans ce milieu de travail et celle-ci sera renforcée par la circonstance que l'occupation à l'intérieur de cette société sera souvent de courte durée.
2. En cas de recours à la sous-traitance, le travailleur ne travaillera en général pas chez son employeur mais également sur des chantiers extérieurs. Son occupation peut s'inscrire dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, un contrat de travail à durée déterminée (ou pour un travail nettement défini).
Le sous-traitant d'une entreprise peut, lui-même, avoir recours à des intérimaires qu'il fera prêter en sa qualité d'utilisateur sur les chantiers de ses clients.

Les cas de figure peuvent se complexifier, vu le recours fréquent à des sous-traitants en cascade, dont chacun peut recourir aux formes de contrat de travail ci-dessus. Il peut en conséquence être rencontré sur un même site plusieurs sociétés occupant des travailleurs avec un contrat de travail ou des travailleurs intérimaires, chacune travaillant en sous-traitance d'une société en amont. Le tout aboutit à une véritable mosaïque, ainsi qu'à la déstructuration subséquente des relations individuelles (conditions de rémunération) et également collectives de travail (représentation).

L'on assiste souvent à une mise hors course de facto du comité pour la prévention et la protection au travail, pour les travailleurs externes (si ce n'est pour les compétences a posteriori en cas d'accident par exemple), les travailleurs ne sachant plus qui doit veiller à la sécurité².

On peut faire le schéma suivant :



1.1.1.1 Le travail intérimaire

Le travail intérimaire est présenté comme étant au cœur des exigences de la stratégie de Lisbonne.

² Relevons pour remédier à ces situations notamment, à été mis en place le plan PhARAon, qui vise entre autre à revoir les tâches de prévention et la question des responsabilités.

1.1.1.1.1 Caractéristiques du travail intérimaire

1.1.1.1.1.1 Importance

Dans le cadre de la proposition de directive (toujours en préparation) relative au travail intérimaire³, la Commission notait le 20 mars 2002 qu'une étude de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail⁴ montrait une augmentation de la part du travail temporaire en Europe en 10 ans avec un taux de croissance annuel estimé à 10 % entre 1991 et 1998, même si sa part dans l'emploi restait réduit (2,1 millions de personnes en moyenne équivalent temps plein). Les motifs de cette croissance sont au nombre de 3 :

1. l'augmentation des exigences de flexibilité dans la gestion de la main d'œuvre (dues aux fluctuations des carnets de commande),
2. la pénurie de certaines qualifications (ceci visant essentiellement les métiers liés aux technologies de l'information),
3. l'assouplissement⁵ de l'environnement réglementaire.

En ce qui concerne le nombre de personnes susceptibles d'être employées dans le cadre de l'intérim, il est estimé, si un cadre réglementaire adéquat est établi, à plus de 6 millions de personnes en 2010.

Aucun chiffre plus récent et précis de la part du travail intérimaire dans l'Union européenne n'existe à ce jour, la Commission européenne donnant dans son rapport 2004⁶ des chiffres relatifs à l'emploi à durée déterminée ('fixed term contracts'). Il en ressort que ce type d'emploi a crû en Belgique de 79 % entre 1992 et 2003, passant de 5,00 % à 8,40 % de l'emploi total, cette croissance étant de 24,8 % pour les 15 Etats membres (11,1 % de l'emploi total en 1992, contre 12,8 % en 2003). La croissance de l'emploi total a quant à elle été de 6,7 % en Belgique et de 8,3 % dans l'ensemble des Etats membres sur la même période. La croissance de l'emploi

³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil (présentée par la Commission) 2002/0072, doc COM(2002) 149 final du 20 mars 2002, qui sera brièvement examinée ci-après

⁴ Temporary Agency Work in the European Union, Dubin, 2002

⁵ qualifié de « profond »

⁶ « Employment in Europe 2004 », European Commission, Employment & Social Affairs

temporaire se développe donc de manière beaucoup plus significative que l'emploi en général.

1.1.1.1.2 Formation professionnelle

Ces travailleurs participent sensiblement moins à la formation professionnelle continue. La raison en est que les entreprises utilisatrices ainsi que les agences d'intérim elles-mêmes ont peu d'incitations à leur offrir une formation professionnelle, étant donné, précisément le caractère temporaire de leur mission.

1.1.1.1.3 Santé et sécurité au travail

La troisième enquête européenne sur les conditions de travail effectuée en 2000 par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail montre que les conditions de travail des intérimaires sont plus mauvaises que celles des travailleurs soumis à d'autres types de contrats de travail. Ils sont en effet plus exposés aux risques physiques (postures pénibles, vibrations, bruit) et sont astreints à une intensité de travail plus grande ainsi qu'à des cadences plus élevées que les autres travailleurs.

L'attention peut être attirée sur la recommandation de la Commission du 19 septembre 2003 concernant la liste européenne des maladies professionnelles. La Commission a en effet introduit par une nouvelle Recommandation des modifications dans la liste européenne des maladies professionnelles ainsi que dans la liste complémentaire, tenant compte d'une meilleure connaissance des mécanismes d'apparition de certaines maladies ainsi que des rapports de causalité. La Recommandation, qui constitue un instrument privilégié pour la prévention au niveau communautaire, invite les Etats membres à informer la Commission au plus tard le 31 décembre 2006 des mesures prises pour y donner suite. Il n'est pas inintéressant de noter que dans l'Annexe I (liste européenne), figurent notamment l'hypoacousie ou surdité provoquée par le bruit lésionnel, des lésions méniscales consécutives à des travaux prolongés effectués en position agenouillée ou accroupie. Dans l'Annexe II (liste complémentaire des maladies dont l'origine professionnelle est soupçonnée et dont l'inscription dans l'Annexe I pourrait être envisagée dans le futur), des

discopathies dorsolombaires causées par des vibrations verticales ainsi que des nodules des cordes vocales à cause des efforts maintenus de la voix.

Suite à la Recommandation 90/326/CE de la Commission du 22 mai 1990, la Belgique avait introduit dans sa législation un article 30 bis qui permet l'indemnisation de maladies nouvelles émergentes. Les difficultés de respecter les règles de prévention pour ce type de maladie sont évidentes et si la nouvelle recommandation ci-dessus peut servir d'appui à des demandes pour des maladies non visées dans la liste, encore faut-il constater qu'elles sont reprises en nombre bien limité et que de nombreuses maladies, invoquées régulièrement comme liées aux nouvelles conditions de travail (charge psychosociale, dont le stress) ne sont pas visées.

Relevons cependant que le 8 octobre 2004, les partenaires sociaux européens ont signé un accord-cadre dans lequel ils s'engagent de manière volontaire à prévenir, éliminer ou réduire le stress au travail. Il s'agit d'une reconnaissance du lien entre l'organisation du travail et le stress. L'accord reprend comme suit les facteurs pouvant générer une situation de stress :

1. organisation et processus du travail, avec l'aménagement du temps de travail, l'adéquation du travail aux capacités des travailleurs, la charge de travail, etc.,
2. les conditions et l'environnement du travail, avec l'exposition au bruit, à la chaleur, à des substances dangereuses,
3. la communication, à savoir l'incertitude quant à ce qui est attendu au travail, les perspectives d'emploi, les changements, etc.,
4. des facteurs dit « subjectifs ».

1.1.1.1.2 La réglementation du travail intérimaire

1.1.1.1.2.1 Le droit communautaire : La directive (91/383/CE) du 25 juin 1991 complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire

La Commission européenne s'est montrée soucieuse depuis longtemps d'ouvrir « le plus vite possible » à l'ensemble de la Communauté le marché des services d'intérim⁷.

Aussi, les spécificités de la situation des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire ont-elles rendu nécessaire l'adoption d'une réglementation complémentaire⁸.

Ce texte dépasse le cas du travail intérimaire.

1.1.1.1.2.1.1 Mesures

Cette directive constate que le recours à des formes de travail telles que le contrat à durée déterminée et le travail intérimaire a augmenté considérablement et que les travailleurs engagés de la sorte sont dans certains secteurs exposés à plus de risques d'accidents du travail ou de maladies professionnelles que les autres travailleurs. Les risques en cause étant en partie liés à certains modes particuliers d'insertion dans l'entreprise, ils peuvent être réduits par une information. Dès lors, elle tend à assurer au travailleur temporaire le même niveau de protection que celui dont bénéficient les autres travailleurs de l'entreprise et/ou de l'établissement utilisateurs. (art. 2 .1). Par exemple, une différence de traitement dans les conditions de travail notamment quant à l'accès aux équipements de protection individuelle ne

⁷ Proposition de directive du Conseil du 13 août 1990. Com (90) 228 final. SYN 280 et SYN 281

⁸ Directive du Conseil (91/383/CE) du 25 juin 1991 complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire J.O. L. 29 juil. 1991 206/19

peut se justifier dans la mesure où il s'agit de la protection de la sécurité et de la santé au travail.

Leur sont applicables l'ensemble des directives prises en application de l'article 16 par 1 de la directive cadre.

La directive prévoit 4 types de mesures :

1. l'information du travailleur
2. la formation du travailleur
3. l'utilisation et la surveillance médicale
4. des services de protection et de prévention.

1.1.1.1.2.1.1.1 Information du travailleur

Préalablement à sa mise au travail, le travailleur doit être informé par l'entreprise et/ou l'établissement utilisateur des risques qu'il encourt (notamment, nécessité de qualifications ou aptitudes professionnelles particulières ou surveillance médicale spéciale, de même que précision des risques majorés spécifiques éventuels liés au poste de travail).

En ce qui concerne plus particulièrement les intérimaires, l'entreprise utilisatrice doit avant la mise à disposition du travailleur préciser à l'entreprise de travail intérimaire notamment la qualification professionnelle exigée et les caractéristiques propres du poste de travail, l'ensemble de ces exigences devant être portées à la connaissance du travailleur.

1.1.1.1.2.1.1.2 Formation des travailleurs

Le travailleur doit recevoir une formation suffisante et adéquate aux caractéristiques propres du poste de travail, compte tenu de sa qualification et de son expérience.

1.1.1.1.2.1.1.3 Utilisation et surveillance médicale

Certains travaux particulièrement dangereux (et notamment ceux qui impliquent une surveillance médicale spéciale) peuvent être interdits par les Etats à de telles relations de travail. A défaut, les mesures doivent être prises pour qu'ils assurent la surveillance médicale spéciale appropriée.

1.1.1.1.2.1.1.4 Services de protection et de prévention

Les travailleurs, services ou personnes désignés par la directive cadre⁹ doivent être informés de l'affectation de ces travailleurs et ce dans la mesure nécessaire pour leur permettre de mener à bien leur mission de prévention et de protection à l'égard de **tous** les travailleurs **dans** l'entreprise et/ou l'établissement.

1.1.1.1.2.1.2 Responsabilité

L'entreprise et/ou l'établissement utilisateur sont responsables des conditions d'exécution du travail (comprenant limitativement celles qui sont liées à la sécurité, à l'hygiène et à la santé au travail), et ce sans préjudice des obligations mises à charge des entreprises de travail intérimaire par les législations nationales.

1.1.1.1.2.1.3 Suivi de la directive

L'article 10, par. 3 de la directive prévoit que les Etats membres font rapport à la Commission tous les cinq ans sur la mise en œuvre pratique des dispositions y contenues, en indiquant les points de vue des partenaires sociaux. La Commission en informe le Parlement européen, le Conseil, le Comité économique et social européen et le comité consultatif pour la sécurité, l'hygiène et la protection de la santé sur le lieu de travail.

Il est impossible de préciser ici le suivi donné par la Belgique à cette directive actuellement. Dans son rapport du 18 mai 2004¹⁰, La Commission a dû constater que, malgré de nombreuses relances, la Belgique (avec la France et l'Irlande) n'a pas fait parvenir son rapport national à la Commission européenne.

⁹ art 7

1.1.1.1.2.2 Le droit interne

1.1.1.1.2.2.1 La réglementation

1.1.1.1.2.2.1.1 *La loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs*

Cette loi régit l'occupation de travailleurs dans les conditions du travail temporaire, intérimaire ou de mise à disposition de tiers. Elle met sur pied la commission paritaire pour le travail intérimaire. Elle ne contient pas de dispositions en matière de sécurité et de santé au travail.

Relevons qu'elle contient néanmoins déjà un démembrement de la notion de subordination.

1.1.1.1.2.2.1.2 *L'arrêté royal du 19 février 1997 fixant les mesures relatives à la sécurité et la santé au travail des intérimaires*

C'est un arrêté royal du 19 février 1997¹¹ qui a transposé en droit interne la directive 91/383/CEE pour les travailleurs intérimaires. Celui-ci régit, actuellement, avec l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, la matière.

Force est de constater que ses prescriptions sont particulièrement succinctes.

1.1.1.1.2.2.1.2.1 Obligation d'information

Les informations avant la mise à disposition sont

- envers l'entreprise de travail intérimaire : la précision de la qualification professionnelle exigée et les caractéristiques propres au poste de travail, ainsi

¹⁰ Commission, SEC (2004) 635 du 18 mai 2004

que les résultats de l'évaluation des risques liés au travail à effectuer (art 28 bis, § 3, a) R.G.P.T.). Ceci pour chaque poste à pourvoir et chaque intérimaire

- envers le travailleur : par la remise d'une fiche sur le poste de travail reprenant les informations ci-dessus.

Ces informations sont données à l'employeur utilisateur par le chef du service de sécurité et le médecin du travail. L'avis du C.P.P.T. est demandé sur les informations à fournir.

L'examen médical d'embauchage éventuel (ainsi que la vérification de l'aptitude lors de chaque nouvelle mise au travail) est fait par le service médical du travail de l'entreprise de travail intérimaire. Le médecin du travail doit être en possession du dossier médical central (tenu par le service médical du travail de la commission paritaire) afin d'avoir une vue claire des risques auxquels l'intérimaire a déjà été exposé.

1.1.1.1.2.2.1.2.2 Conditions de travail

Le respect des conditions de travail est de la responsabilité de l'utilisateur, qui est tenu de donner aux intérimaires le même niveau de protection que celui des autres travailleurs de l'entreprise.

L'arrêté royal décrit en outre les travaux interdits.

1.1.1.1.2.2.1.2.3 Occupation et bien-être des travailleurs intérimaires

Une loi du 25 février 2003¹² a inclus dans la loi du 4 août 1996 des dispositions nouvelles relatives à l'occupation des travailleurs intérimaires. Tout utilisateur est, en vertu de celle-ci, tenu de refuser les services de l'entreprise de travail intérimaire dont il peut savoir qu'elle ne respecte pas les obligations contenues dans la loi du 24 juillet 1987 (et arrêtés royaux). Corrélativement, celle-ci est tenue de refuser de

¹¹ M.B., 18 déc. 1997

¹² M.B., 14 mars 2003 (loi qui ne contient aucune disposition spécifique relative à son entrée en vigueur)

mettre ses intérimaires à la disposition d'utilisateurs dont elle peut savoir qu'ils ne respectent pas ces dispositions.

Il faut noter que ces nouvelles dispositions sont reprises au Chapitre IV de la loi du 4 août 1996 intitulé « Dispositions spécifiques concernant les travaux d'entreprises extérieures » et que celui-ci concerne à la fois les travaux d'entreprises extérieures (section 1) et les travaux des intérimaires chez des utilisateurs (section 2). Ce chapitre IV prévoit une obligation générale d'information quant aux risques, une formation (et les instructions appropriées) quant à l'activité de l'entreprise et l'obligation de coordonner les activités des divers intervenants lors de l'exécution des mesures relatives au bien-être.

1.1.1.1.2.2.1.3 La convention collective de travail du 9 mars 1998 relative à l'accueil et l'adaptation des travailleurs intérimaires dans l'entreprise

Cette convention¹³ prévoit que l'accueil de l'intérimaire doit être organisé tant avant le début de sa mission qu'au moment où il commence celle-ci. La convention collective rappelle que sont obligatoires les dispositions contenues dans l'arrêté royal du 19 février 1997 ainsi que des obligations spécifiques en matière d'information, notamment quant au poste de travail.

1.1.1.1.2.2.2 Remarque sur le contrôle judiciaire

Des poursuites peuvent être entamées par l'auditorat du travail en cas de recours à l'intérim en-dehors des trois cas prévus par la loi. La bonne issue de celles-ci n'est pas assurée, même après enquête dûment menée par l'inspection sociale. Ainsi, rappelons un jugement du tribunal correctionnel de Liège du 15 octobre 2004¹⁴ où, poursuivant à la fois contre la société utilisatrice (société qui effectue des travaux de dépannages ou des travaux urgents pour une seule grosse société (Cockerill Sambre)) et contre les sociétés d'intérim (5 sociétés), l'auditorat a vu l'ensemble de celles-ci renvoyées des poursuites aux motifs que

¹³ convention collective de travail du 9 mars 1998 relative à l'accueil et l'adaptation des travailleurs intérimaires dans l'entreprise (A.R. 12 oct. 1998 – M.B., 29 nov. 1998). Une autre, du même jour, concerne les vêtements de travail et de protection (M.B., 28 nov. 1998)

¹⁴ Corr. Liège, 15 oct. 2004, not. Parquet 69.98.3884-03

- pour la société utilisatrice (vis-à-vis de qui l'inspection sociale avait dans divers rapports conclu qu'elle occupait des intérimaires pour renforcer les brigades des travailleurs permanents de manière régulière (toute l'année) et ce pour des besoins financiers), il y avait lieu d'admettre les explications de la société selon lesquelles
 - o le recours à des intérimaires dépendait des pics de production de son (principal) client
 - o les travaux devaient en outre être effectués dans l'urgence, à savoir que la société disposait d'un délai de quelques jours pour répondre aux demandes de celui-ci
 - o l'employeur faisait, par ailleurs, état de sa propre précarité, étant qu'il était quasi mono-client, n'avait pas de commandes à long terme et travaillait à la demande du client,

les conditions de recours à l'intérim dans une telle situation ne pouvant constituer une infraction à la loi du 24 juillet 1987,

- pour les sociétés d'intérim (5) : même si l'article 21¹⁵ de la loi impose de vérifier la réalité du motif de la mise à la disposition de travailleurs intérimaires, ceci n'implique nullement de vérifier in concreto le motif de l'occupation.

1.1.1.2 Le travail en sous-traitance

Lors des travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1976¹⁶, il a été relevé que la sous-traitance ne requiert pas de dispositions particulières sur le plan du droit du travail. Vu que les travailleurs restent liés au seul sous-traitant en vertu du contrat de travail classique, généralement conclu pour une durée indéterminée. En conséquence, l'interdiction de mise de travailleurs à disposition d'utilisateurs qui n'est pas effectuée dans les conditions autorisées par la réglementation sur le travail intérimaire ne vise

¹⁵ « Les entreprises de travail intérimaire ne peuvent mettre des intérimaires à la disposition d'utilisateurs et ceux-ci ne peuvent occuper des intérimaires qu'en vue de l'exécution d'un travail temporaire visé ou autorisé à l'article 1^{er} » (art. 21). L'article 1^{er} prévoit les trois hypothèses de recours au travail temporaire, à savoir le remplacement d'un travailleur permanent, le surcroît temporaire de travail ou l'exécution d'un travail exceptionnel.

¹⁶ Avis n° 450 du Conseil National du Travail, Doc. Parl., Ch., 1974-1975, n° 627/11

pas la véritable sous-entreprise ou sous-traitance¹⁷. La caractéristique de la sous-traitance est que le sous-traitant ne fait pas que fournir de la main-d'œuvre, mais également le savoir-faire, les matériaux, ... L'objet du contrat de sous-traitance est donc l'exécution d'un travail déterminé¹⁸.

Il en découle qu'il n'y a aucun lien de subordination entre le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Si celui-ci envoie son personnel subordonné sur chantier, il devra veiller également à y envoyer du personnel d'encadrement afin que les travaux puissent être exécutés de manière autonome¹⁹.

C'est cependant l'employeur²⁰ (la société) qui a fait appel au sous-traitant qui a à sa charge les questions de sécurité et de santé au travail pour l'exécution de celui-ci²¹.

L'appel à la sous-traitance est, comme celui au travail temporaire, une des clés de voûte de la flexibilité.

La Commission européenne a relevé, en 1990 déjà, que dans le contexte de la réalisation du marché intérieur, il y avait lieu de tenir compte, outre du niveau des salaires et de celui de la productivité, d'autres éléments, notamment au regard de la mobilité européenne des travailleurs : ainsi les conditions de travail applicables aux travailleurs d'un autre Etat membre effectuant dans le pays d'accueil des travaux de sous-traitance²². En conséquence, la Commission s'était engagée à l'époque à préparer une proposition pour un instrument communautaire qui partirait notamment

¹⁷ Ann. Parl., Ch., 1975-1976, n° 94, 2789

¹⁸ Relevons ici l'émergence du « portage salarial » étant qu'une société dite de portage engage un travailleur dans les liens d'un contrat de travail, travailleur dit « porté ». L'engagement intervient à la suite d'un contrat de sous-traitance que la société aura conclu avec une entreprise appelée « utilisatrice » pour l'exécution d'une mission déterminée, une prestation, qui aura été préalablement négociée et obtenue par le futur salarié et sera exécutée par lui.

¹⁹ voir notamment GERARD, J.-Fr., « La mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs », Ors., 1992, 18

²⁰ La loi du 12 août 2000 a renforcé ici le démembrement de la notion de subordination, puisque le législateur prévoit qu'il n'y a pas de transfert d'autorité patronale tombant sous le coup de la mise à disposition si le maître de l'ouvrage impose au travailleur du sous-traitant le respect des obligations qui lui reviennent en matière de bien-être ou de travail, de même que s'il donne à ce travailleur des instructions relatives aux temps de travail et aux temps de repos ainsi que quant à l'exécution du travail convenu.

²¹ Voir PONNET, L., « Travaux avec des tiers », R.T., 1997, 27

²² Proposition de directive du Conseil du 13 août 1990. Com. (90) 228 final – SYN 280 et SYN 281

du principe que les réglementations et conventions du pays d'accueil sont d'application sauf exception motivée.

Ces situations de sous-traitance sont en effet susceptibles d'engendrer la plus grande insécurité. Ainsi, les auteurs du plan PhaRAon écrivent²³ qu'aujourd'hui les donneurs d'ordre ou les entrepreneurs principaux peuvent reporter sur leurs sous-traitants la responsabilité qui leur incombe pour les aspects ayant trait à la sécurité et ces sous-traitants peuvent à leur tour déplacer cette responsabilité vers les employeurs qui travaillent pour eux. Ce système génère l'insécurité et il y a lieu de veiller à ce que le donneur d'ordre ou l'entrepreneur principal devienne également (co-) responsable de la prévention et de la sécurité. Ils ne pourront plus reporter sur les sous-traitants la responsabilité totale des aspects liés à la sécurité sur un même lieu de travail, mais ils devront la partager avec chaque entreprise active dans la cascade des sous-traitances.

Les possibilités suivantes sont étudiées dans le cadre de ce programme :

- répartition de la prime d'assurance pour les accidents du travail entre le donneur d'ordre et les agences d'intérim/sous-traitants,
- responsabilité pénale : si le donneur d'ordre n'assume pas sa responsabilité, il pourra être sanctionné.

En droit positif, la loi du 4 août 1996, telle que modifiée par la loi du 25 février 2003²⁴, prévoit que l'employeur est ainsi tenu d'écarter l'entreprise dont il peut savoir que l'employeur ne respecte pas les obligations de la loi et de ses arrêtés d'exécution. Il doit conclure un contrat avec cette entreprise, contrat prévoyant, en cas de défaillance de l'entreprise sous-traitante aux obligations en matière de bien-être en vigueur dans l'entreprise dans laquelle les travaux sont exécutés, la prise des mesures nécessaires aux frais de celle-ci. Il doit, enfin, prendre lui-même les mesures nécessaires au cas où le sous-traitant est en défaut.

²³ ...

²⁴ voir ci-dessus

1.1.2 Le travail des jeunes

1.1.2.1 La directive européenne (94/33/CE) du Conseil du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail

Cette directive²⁵ vise les jeunes de moins de 18 ans et contient essentiellement une réglementation interdisant certains travaux et organisant d'autres (périodes de repos, ...). Elle ne contient pas de disposition particulière en matière de sécurité et de santé au travail. Elle se réfère à la directive cadre 89/391/CEE, qui prévoit de protéger particulièrement les groupes à risques.

Les jeunes travailleurs de plus de dix-huit ans ne font dès lors pas l'objet de mesures de protection particulières dans le cadre de cette directive.

1.1.2.2 Le droit interne

L'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la protection des jeunes au travail²⁶ couvre les travailleurs de 15 à 17 ans qui ne sont plus soumis à l'obligation scolaires, les apprentis, les stagiaires, les étudiants travailleurs, les élèves étudiants ou les travailleurs de moins de 21 ans.

Les jeunes travailleurs qui ne rentrent pas dans les conditions de cette réglementation se voient dès lors appliquer les textes en vigueur pour l'ensemble des travailleurs²⁷.

Interrogeant le gouvernement à propos du plan PhARAon (plan d'action fédéral pour la réduction des accidents du travail)²⁸, M. MAHOUX²⁹ relève que le nombre d'accidents ayant entraîné une incapacité permanente est en constante

²⁵ J.O. L. 216 du 20 août 1994

²⁶ M.B., 3 juin 1999

²⁷ voir cependant l'arrêté royal du 21 sept. 2004 (M.B. 4 oct. 2004) relatif à la protection des stagiaires

²⁸ Les objectifs de ce plan sont notamment :

- une simplification de l'arsenal législatif
- une surveillance de la sécurité par une inspection renforcée et améliorée.

²⁹ Questions et Réponses, Sén., sess. 2003-2004, Bull., 3-16, question 3-890 de M. MAHOUX du 2 avril 2004

augmentation (progression de quelque 15 % ces 15 dernières années). Il y relève que le risque d'être victime d'un accident du travail n'est pas identique pour tous

- les jeunes travailleurs courent cinq fois plus de risques d'être victimes d'un accident du travail que les travailleurs plus âgés,
- les travailleurs intérimaires sont également très exposés : le risque d'un accident du travail est deux fois plus élevé que pour un travailleur ordinaire.

Il demande quelles sont les actions prévues en matière de prévention.

La réponse est que le plan PhaRAon ne contient aucun élément particulier axé spécifiquement sur les jeunes en tant que groupe cibles mais qu'il faut encore effectuer une analyse en profondeur dans le cadre d'un examen structurel, analyse qui n'est à ce jour manifestement pas faite. La réponse rappelle également le texte de l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la protection des jeunes au travail et à des travaux au sein du Conseil supérieur pour la prévention et la protection des accidents du travail sur la surveillance de la santé des stagiaires.

Elle poursuit avec le même constat que de plus en plus d'employeurs confient les tâches de leur entreprise à d'autres entreprises (sous-traitants, agences d'intérim), ce qui fait que des travailleurs de différents employeurs travaillent en même temps sur le même site. Dans le cadre du programme PhaRAon, une concertation a été entamée « avec les partenaires sociaux afin d'élaborer des procédures de coordination concrètes de façon à pouvoir réaliser une bonne collaboration au sujet de la sécurité et de la santé ».

2 L'ACTIVITE RECENTE DES INSTANCES EUROPÉENNES EN MATIERE DE SECURITE ET DE SANTE AU TRAVAIL

2.1 La Communication de la Commission « S'adapter aux changements du travail et de la société : une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité 2002-2006 »

Le 11 mars 2002, la Commission a fait une « Communication »³⁰ sur la matière de sécurité et de santé au travail. Ce document contient à la fois un état des lieux de la question sur le plan européen et les mesures à prendre.

2.1.1 L'état des lieux

1. L'objectif du Conseil européen de Lisbonne en mars 2000 est de créer davantage d'emplois de meilleure qualité. Les chiffres absolus d'accidents du travail restent cependant élevés : plus de 5.500 accidents du travail mortels et 4,8 millions d'accidents ayant entraîné une incapacité de travail de plus de trois jours³¹. Une hausse est cependant constatée depuis 1999 dans certains Etats et certains secteurs³². En outre, les pays candidats connaissent une fréquence moyenne d'accidents du travail sensiblement supérieure à la moyenne de l'Union, notamment en raison de leur spécialisation plus forte dans les secteurs traditionnellement considérés à haut risque³³. L'augmentation de ces accidents démontre que la démarche préventive définie par les directives communautaires n'a pas encore été parfaitement comprise et intégrée par les acteurs et appliquée de façon effective sur le terrain.
2. Il faut tendre vers un véritable bien-être au travail, la Charte des droits fondamentaux, à laquelle il est fait référence, proclamant, d'ailleurs que tout

³⁰ Com (2002) 118 final du 11 mars 2002

³¹ source citée : Eurostat – Statistiques en Bref, Population et conditions sociales, n° 16/2001, « Les accidents du travail dans l'Union européenne, 1998/99 » et n° 17/2001, « Les problèmes de santé liés au travail dans l'Union européenne 1998-99 ».

³² quatre secteurs (pêche, agriculture, construction, services de santé et d'action sociale) ont un taux d'incidence de 30 % supérieur à la moyenne. Quatre autres (hôtellerie, transports, industries manufacturières, industries extractives) ont un taux de 15 %. Ces chiffres se trouvent fortement accrus si l'on étudie seulement les PMLE et les petites entreprises : dans la construction, où le taux est de 41% supérieur à la moyenne, l'écart passe à 124 % pour les entreprises de 1 à 9 travailleurs et à 130 % pour celles de 10 à 49 travailleurs (voir source citée : Eurostat, Enquête Force de Travail, 1999, et données Seat 1998,

³³ Introduction, Point 1

travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. C'est à la demande du Parlement que l'élaboration de cette nouvelle stratégie est formulée et précisée.

3. Il y est relevé l'expansion croissante des formes de travail temporaire (ainsi d'ailleurs que la diversification croissante des formes d'emploi) et la corrélation négative entre d'une part le type d'emploi et l'ancienneté dans l'entreprise et d'autre part la santé au travail. Les travailleurs ayant moins de deux ans dans l'entreprise sont davantage susceptibles d'être victimes d'un accident du travail. En outre, dans les secteurs qui recourent au travail temporaire, ce risque est plus prononcé dans le secteur de la construction et dans les services de santé et les services sociaux. Les autres facteurs aggravant le risque sont le travail à temps partiel, les horaires atypiques (travail posté ou de nuit). Ceci étant dû au manque de formation adéquate, aux altérations psychosomatiques dues au travail posté ou de nuit, à la sensibilité déficiente des entrepreneurs ou un manque de motivation dans le cas des travailleurs à contrat de travail temporaire.
4. Une autre constatation est que les mutations dans l'organisation du travail et notamment la plus grande flexibilité de l'organisation du temps de travail a une influence certaine sur le bien-être au travail, phénomène auquel viennent s'ajouter de nouveaux risques professionnels (dépression, stress, anxiété, violence au travail, harcèlement. Celles-ci apparaissent comme davantage liées à un ensemble de facteurs (organisation du travail, modalités de temps de travail, relations hiérarchiques, temps de transport, degré d'acceptation de la diversité culturelle et ethnique dans l'entreprise) plutôt qu'à l'exposition à un risque spécifique.

Huit objectifs sont poursuivis :

1. une réduction continue des accidents et des maladies professionnelles,
2. l'intégration de la dimension du genre dans l'évaluation des risques,
3. la prévention des risques sociaux (stress, harcèlement au travail, dépressions, anxiété, etc.),
4. la prévention renforcée des maladies professionnelles,

5. la prise en compte des évolutions démographiques dans les risques (il y a lieu de viser spécifiquement les jeunes et les travailleurs vieillissant),
6. la prise en compte des changements dans les formes d'emploi et les modes d'organisation du travail et du temps de travail, les travailleurs ayant un contrat atypique ou précaire représentant un groupe sensible,
7. la prise en compte de la taille des entreprises (avec des mesures spécifiques pour les P.M.E. et les micro entreprises),
8. l'analyse des risques nouveaux ou émergents, dont ceux liés à l'environnement global du travail (risques ergonomiques, psychologiques et sociaux).

Pour réaliser ces objectifs, il est prévu de

- renforcer la culture de prévention
- mieux appliquer le droit existant (avec des guides d'application des directives communautaires), prenant en compte la diversité des secteurs d'activité et des entreprises
- donner un rôle fondamental au Comité des Hauts Responsables de l'Inspection du Travail (SLIC³⁴) pour favoriser les échanges d'informations et expériences et organiser une coopération et une assistance mutuelles³⁵.

En ce qui concerne plus particulièrement les services d'inspection, celle-ci doit être capable d'appréhender l'ensemble des risques, en particulier dans les secteurs où ils sont complexes et peuvent se combiner. Elle a à la fois un rôle de prévention et de contrôle et doit elle-même faire l'objet d'audits (par des indicateurs de résultats et de qualités). Les contrôles doivent déboucher sur des sanctions homogènes à la fois dissuasives, proportionnées et effectivement appliquées.

Le document insiste sur deux priorités :

³⁴ Senior Labour Inspection Committee (décision de la Commission du 12 juil .1995, J.O. L 188 du 9 août 1995), chargé d'assister la Commission européenne notamment afin de définir des politiques d'intervention communes dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail, de développer les échanges entre les services nationaux d'inspection, etc.

³⁵ il s'agit d'élaborer des objectifs communs d'inspection dans le cadre d'un plan d'action annuel, de définir des principes communs d'inspection dans le cadre de la sécurité et de la santé, de mettre au point des méthodes d'évaluation des systèmes nationaux d'inspection par rapport à ces principes. Les inspections sociales des pays candidats doivent être intégrées par priorité.

- la protection des jeunes, qui sont plus exposés que les autres aux risques d'accidents
- les problèmes suscités dans la pratique par la directive sur le détachement (v. infra), à savoir que certaines entreprises opérant au sein de l'Union européenne échappent aux sanctions pénales et administratives prononcées où elles opèrent (essentiellement pour des prestations de services de durée limitée hors du pays où est sis leur siège social).

Il relève encore la nécessité de prendre en compte des risques nouveaux, à savoir le développement des troubles et des maladies psychosociaux (notamment le harcèlement sous ses différentes formes, pour lequel une directive devrait intervenir).

2.1.2 Les mesures à prendre

Le document poursuit en énonçant diverses tâches que la Commission entreprendra (benchmarking, définition de meilleures pratiques, détermination des phénomènes émergents, développement de la connaissance et du suivi « du coût de la non-qualité », c'est-à-dire des coûts économiques et sociaux des accidents du travail et des maladies professionnelles.

2.2 La résolution du Conseil du 3 juin 2002

Suite à la communication de la Commission, le Conseil ³⁶ a pris acte des diverses questions y soulevées et invité celle-ci, de même que les Etats membres et les partenaires sociaux, à intensifier leurs travaux dans ce sens.

Relevons encore que l'Agence européenne pour la sécurité et la santé du travail (Bilbao) a, ensuite, déposé un rapport reprenant les critères (10) en matière de sécurité et de santé au travail, constituant le socle de la « responsabilité sociale des entreprises ».

³⁶ Résolution du Conseil du 3 juin 2002 concernant une nouvelle stratégie communautaire de santé et de sécurité au travail 2002-200- (2002/C 161/01)

2.3 La proposition de directive sur le travail intérimaire : cadre protecteur pour les travailleurs, relations avec l'entreprise de travail

Une nouvelle directive sur le travail intérimaire est en discussion.

Le but de la proposition de directive³⁷ est d'aligner dans un marché intérieur les règles applicables à la mise à disposition dans le cadre de l'intérim quelle que soit la condition de sa mise en œuvre, nationale ou transnationale.

Cette directive ne modifie pas le champ d'application de la directive « détachement »³⁸.

Cette directive vise un double objectif, étant d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de non-discrimination et en outre d'établir un cadre approprié du recours au travail intérimaire pour contribuer à un bon fonctionnement du marché du travail et à l'emploi (art. 2). Les conditions « essentielles » de travail et d'emploi visées par la directive concernent

- la durée du travail, les heures supplémentaires, les temps de pause, les périodes de repos, le travail de nuit, les congés payés, les jours fériés,
- la rémunération.

Actuellement, cette proposition de directive du Parlement (et du Conseil) relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires est toujours, selon l'Observatoire légistique de l'Union européenne, en attente en première lecture au Conseil.

Quatre séances de discussion ont eu lieu au sein du Conseil, la dernière le 4 octobre 2004 et aucun consensus ne s'est dégagé, notamment sur des concepts de base, dont la non-discrimination par rapport au « travailleur comparable » ainsi que la protection à assurer dès le début de la prestation de travail³⁹.

³⁷ COD/2002/0072

³⁸ cd. infra

³⁹ « Délai d'accès »

Un compromis politique équilibré est recherché sur⁴⁰ :

- la manière d'aborder la nécessité de prévoir une dérogation spécifique visant à favoriser l'insertion des chômeurs sur le marché du travail,
- le réexamen et la suppression éventuelle des restrictions concernant le recours aux travailleurs d'entreprises de travail intérimaire,
- la nature de la dérogation au principe de l'égalité de traitement et la durée du « délai d'accès »⁴¹.

Mireille JOURDAN

Janvier 2005

⁴⁰ voir fiche de procédure – Observatoire légistique de l'Union européenne

⁴¹ voir document Emploi, politique sociale, santé et consommateurs – 2512^{ème} session du Conseil, Luxembourg, 2 et 3 juin 2003, 9688/1/03 REV 1 (Presse 152)