

Un récent exemple de flexibilisation législative : la loi allemande pour la promotion de l'emploi du 26 avril 1985

par Wolfgang DÄUBLER

Professeur à l'université de Brême

et Martine LE FRIANT

Maître-assistante à l'université de Saint-Étienne (CERCRID)

Au moment où l'assouplissement des règles applicables à la relation de travail est présenté avec l'insistance que l'on sait comme un des moyens indispensables de stimulation de l'embauche, quelques enseignements et réflexions peuvent être retirés des solutions retenues Outre-Rhin. La France et la RFA, par delà des liens politico-économiques incontestablement étroits, connaissent une identité partielle de structures — économie de marché basée sur la propriété privée — et éprouvent des difficultés comparables : chômage, précarité de l'emploi, automatisation. Il n'est donc pas étonnant que le thème des « flexibilités » ait été abordé de façon quasiment concomitante dans les deux pays.

Après l'échec des négociations à la fin de l'année 1984, le gouvernement français a déposé un projet de loi modifiant le code du travail et relatif à la négociation collective sur l'aménagement du temps de travail. Ce projet de loi fait l'objet de polémiques parfois aussi vives que peu fondées si l'on considère que « l'adaptation aux besoins de l'entreprise, ou flexibilité, n'est pas vraiment à conquérir car elle existe bel et bien déjà » (1).

Le gouvernement ouest-allemand n'a pas eu à faire face à de telles oppositions. La « loi pour la promotion de l'emploi » (2), entrée en vigueur le 1^{er} mai 1985 (3), a pourtant des conséquences plus étendues et plus néfas-

tes aux salariés. Elle modifie une série de dispositions du droit du travail et traite pour la première fois des aspects de la flexibilité du temps de travail. Cette loi devrait selon les vœux du gouvernement fédéral, améliorer les conditions générales d'investissement et de croissance (3). Un certain nombre de règles jugées susceptibles de dissuader un employeur d'embaucher sont modifiées. Dans cette perspective, est surtout facilitée la conclusion de contrats à durée déterminée, selon une tendance qu'a également illustrée la loi française du 25 juillet 1985 ; le travail à temps partiel devrait être rendu plus attrayant par le fait qu'il prend une forme « socialement plus acceptable » (4).

Cette réforme ne saurait être isolée du contexte dans lequel elle s'inscrit ; la signification de la loi pour la promotion de l'emploi n'apparaît que si elle est mise en relation avec la réalité du marché du travail ouest-allemand. Quelques données essentielles (I) éclaireront les dispositions de la loi (II) et permettront également d'en supputer les effets possibles (III).

I. — LES STRUCTURES DU MARCHÉ DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI EN R.F.A.

En mars 1985, les statistiques officielles indiquaient l'existence de 2,474 millions de salariés chômeurs, soit

(1) Gérard LYON-CAEN, « La bataille truquée de la flexibilité », *Droit social* 1985, p. 802.

(2) « Beschäftigungsförderungsgesetz ».

(3) Cf. les motifs officiels, in *BT-Drucksache* (document parlementaire de la diète fédérale) 10/2102, p. 14.

(4) Cf. *BT-Drucksache* 10/2101, p. 14.

10 % de la population active (5) alors que le pourcentage moyen sur l'année 1984 était de 9,1 %. Il faut ajouter à ces chiffres ce que l'on nomme en Allemagne fédérale la « réserve silencieuse », c'est-à-dire la masse des personnes qui, par résignation, ne sont pas inscrites au chômage. L'Office fédéral du travail — l'équivalent de l'ANPE — évalue ce groupe à 1,349 million (6), mais certaines estimations atteignent deux millions. Le nombre des personnes effectivement privées d'emploi avoisinerait donc les quatre millions.

Le risque de perdre son emploi et de rester chômeur de longue durée est très inégal. Les handicapés représentent par exemple 6,5 % des chômeurs, mais 5 % des salariés, les étrangers 14 % des chômeurs pour seulement 8 % des salariés. Les jeunes de 20 à 25 ans, les salariés de plus de 55 ans et les femmes sont également parmi les plus touchés. Si l'on retient d'autres paramètres, on remarque que le pourcentage des chômeurs est plus élevé chez les personnes sans qualification.

Au sein des entreprises se fait jour, comme dans bien d'autres pays, une division entre un personnel stable jouissant d'une relative garantie d'emploi, et un personnel dit « marginal » au statut très précaire. On retrouve là la distinction faite par la doctrine française entre travail typique et travail atypique : « activité non dissimulée, à durée indéterminée, à temps plein, dans un service ou un atelier, au profit de l'employeur, telle est la relation de travail typique. Dès que la relation de travail ne présente pas l'ensemble de ces caractères, on peut considérer qu'elle est atypique » (7). En Allemagne fédérale, les variations du volume d'activité étaient jusqu'à présent amorties par le recours à des techniques juridiques de « flexibilisation » de la durée du travail telles que les heures supplémentaires et le chômage partiel, les autres formes d'emploi — y compris le recours à l'intérim — étant peu répandues. Ceci valant même dans le secteur de la métallurgie où la convention collective de 1985 prévoit la possibilité d'une variation de la durée hebdomadaire de travail de 37 à 40 heures pour certains travailleurs, groupes ou services bien qu'une récente étude du patronat (8) ait révélé que 9 % seulement des salariés se sont vu imposer cette possibilité par accord d'entreprise.

Le personnel « marginal » travaille dans des conditions différentes. Pour ce qui est des salariés sous contrat à durée déterminée ainsi que des salariés temporaires, leur activité est d'emblée limitée en fonction du volume de travail. D'autres salariés bénéficient d'une relation juridique durable, leur temps de travail et leur salaire demeurant malgré tout dans la dépendance du volume concret de travail. L'exemple classique est celui du travail à domicile. Mais, dans le secteur commercial, s'est développée au cours des années récentes la formule du « temps de

travail variable selon les besoins de l'exploitation » connu sous le nom de « Kapovaz » (9) qui concerne le plus souvent les femmes travaillant à temps partiel. La pratique du « Job sharing » (partage de l'emploi) procure également de la souplesse, dans la mesure où il permet à l'un des partenaires de remplacer l'autre qui est défaillant (10). Le « Job sharing » se trouve pour la première fois réglementé dans la loi pour la promotion de l'emploi.

Cette division du personnel est très difficile à quantifier. Il est également difficile de connaître, à partir des sources généralement accessibles, le nombre exact de contrats à durée déterminée. Il ne fait cependant aucun doute que ce groupe de salariés est en croissance considérable. Parmi les offres d'emplois, 25 % en 1980, mais 39 % en 1984 concernaient des activités à durée déterminée (11). Le nombre de travailleurs temporaires qui s'élève officiellement à 33 000 semble insignifiant ; on considère cependant qu'il doit être multiplié par six ou dix pour rendre compte de la réalité (12). Le travail à temps partiel ne concerne quant à lui que 9,1 % des travailleurs assurés sociaux (13). Ce chiffre n'inclut pas les « petits salariés à temps partiel » dont la rémunération n'excède pas 410 DM (environ 1 300 F) par mois et qui ne travaillent pas plus de quinze heures par semaine. Le nombre de travailleurs à domicile s'élève à 140 000 (14), mais cette forme d'emploi pourrait connaître un certain regain du fait du développement du travail électronique à distance (15).

Le chômage croissant depuis 1974 a, comme ailleurs, limité les possibilités concrètes d'action des syndicats. Les adhérents sont bien moins prêts, lors des négociations sur les salaires et les conditions de travail, à cesser temporairement le travail ou à pratiquer des formes de non-coopération. La crainte de perdre l'emploi dissuade souvent de tout engagement personnel. Cette faiblesse générale est accentuée par la dilution de la solidarité interne à l'entreprise. La cause n'en est pas seulement la différenciation entre personnel stable et personnel en emploi atypique : il faut aussi tenir compte du fait que la catégorie du personnel atypique est composée de groupes très hétérogènes, dont la sensibilisation à une action commune s'avère difficile. Il n'est pas étonnant, dès lors, que l'autonomie de négociation collective ait subi une érosion au cours des dernières années dans un pays qui connaît une si importante tradition de la négociation !

Bien que le nombre de signatures de conventions collectives n'ait pas diminué de façon significative, il faut constater qu'elles ne concernent pas ou peu les nombreux salariés atypiques. Les salariés à temps partiel sont exclus du champ d'application de certaines conventions. D'autres les mentionnent, sans cependant régler les problèmes essentiels de leur situation, comme par exemple la flexibilisation des horaires ou la rémunération des heures hors-

(5) *BArbB1* Heft 5/1985, p. 80.

(6) BOSCH, « Arbeitsmarkt », *Gewerkschaftsjahrbuch* (Kittner éd.), 1985 Cologne, p. 283.

(7) Jean PÉLISSIER, « La relation de travail atypique », *Droit social* 1985, p. 531.

(8) Cf. *Handelsblatt* du 11 juillet 1985, p. 1.

(9) « Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit » Cf. Manfred BOBKE, in : *Arbeitsrecht im Betrieb* 1983, p. 123.

(10) SCHÜREN, *Arbeitsrechtliche Gestaltung unter Berücksichtigung amerikanischer Erfahrungen*, Heidelberg, 1983.

(11) SEIFERT, in : *WSI-Mitteilungen* 1985, p. 290.

(12) BOSCH, *op. cit.*, pp. 309-312.

(13) *BArbB1*, Heft 5/1985, p. 87.

(14) KITTLNER, *Arbeits- und Sozialordnung*, 10^e édition, Cologne, 1095, p. 657.

(15) Cf. BAHL-BENKER, in *Mitb* 1983, p. 572.

contrat (16). Il n'est pas surprenant, dans ces circonstances, que le nombre de syndiqués ait baissé de 2 % depuis 1981 (16 bis). Au vu des expériences étrangères, on peut même s'étonner de ce que cette régression n'ait pas pris des formes plus dramatiques...

C'est donc dans ce contexte de diversification juridique de l'emploi et d'affaiblissement relatif du mouvement syndical que le législateur ouest-allemand a accédé au souhait du patronat d'obtenir une plus grande flexibilité dans la gestion de la main-d'œuvre.

II. — LES NOUVELLES DISPOSITIONS LÉGALES RELATIVES AUX RELATIONS DE TRAVAIL ATYPIQUE

Le patronat peut désormais avoir plus largement que naguère recours au travail temporaire. La durée des missions, limitée jusqu'alors à trois mois, peut désormais atteindre six mois. Mais l'essentiel des nouvelles règles concerne plus généralement les contrats à durée déterminée (A), le travail à temps partiel (B), le « *Kapovaz* » (C) et le « *Job sharing* » (D).

a) Les contrats à durée déterminée

Le texte nouveau contient une série de dispositions destinées à favoriser l'embauche dans les petites et moyennes entreprises. Il permet par exemple à l'employeur qui a créé son entreprise depuis moins de six mois, ou qui n'emploie pas plus de vingt salariés, de conclure des contrats d'une durée de vingt-quatre mois, hypothèse qui révèle une conception du recours à la formule de la durée déterminée différente de celle qui prévaut encore en France après les récents aménagements de juillet 1985 (17).

Le droit jusqu'ici en vigueur imposait de nombreuses limites à la pratique du travail à durée déterminée. Pour éviter la fraude au droit de licenciement, les tribunaux du travail (18) exigeaient qu'une « cause objective » (19) justifiait la durée limitée. La notion clé de « cause objective » n'a jamais été clairement définie par la jurisprudence qui a cependant développé une série de groupes de cas qui servent d'orientation en pratique, un peu à la manière de ce qu'a fait la Cour de cassation française à propos de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Est ainsi licite la pratique de la durée déterminée lors-

que le salarié travaille à l'essai pour une durée inférieure à six mois (20) ou lorsqu'il a été embauché pour remplacer par exemple un salarié malade (21); une telle « cause objective » existerait encore dans le cas d'un emploi saisonnier (22) ou de l'emploi d'un artiste. En revanche, il n'y a pas « cause objective » lorsque l'employeur n'a en vue que le maintien de la souplesse de la gestion de son personnel (23). Dans l'hypothèse où il n'est pas possible de déterminer quelle sera la durée de telle activité, une limitation « au hasard » est exclue (24). Dans ces divers cas, le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée, les règles relatives au licenciement se trouvant dès lors applicables.

Cette jurisprudence est partiellement suspendue jusqu'au 1^{er} janvier 1990 (25). L'article 1 du paragraphe premier de la récente loi pour la promotion de l'emploi supprime en effet provisoirement toute exigence d'une cause objective dans l'hypothèse de salariés nouvellement embauchés. Dans ce cas, une limitation unique d'une durée ne dépassant pas dix-huit mois est licite. La condition d'embauche nouvelle est définie de façon négative par la loi. Elle n'est pas remplie « s'il existe une relation étroite et objective avec un contrat antérieur à durée déterminée ou indéterminée concernant le même salarié », et une telle relation pourrait être décelée dans le cas où le laps de temps entre les deux contrats est inférieur à quatre mois. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle embauche, les principes jurisprudentiels s'appliquent, c'est-à-dire que l'employeur doit justifier d'une « cause objective ».

Le calcul est que cette nouvelle forme de contrat à durée déterminée incite les employeurs à renoncer aux heures supplémentaires pour embaucher des chômeurs (26). La réalisation de cet objectif dépendra cependant du bon vouloir du patronat, puisque les employeurs peuvent désormais librement conclure des contrats à durée déterminée, même s'il s'agit d'occuper des emplois permanents: la nouvelle réglementation permet alors une période d'essai de dix-huit mois. Le nombre des salariés en relation de travail instable peut ainsi croître de façon considérable.

b) Le travail à temps partiel

Afin de rendre cette formule plus attrayante, la nouvelle loi dispose que l'employeur doit traiter les salariés à temps partiel comme les salariés à temps plein « sauf si des raisons objectives justifient un traitement diffé-

(16) BERTELSMANN-RUST, in *RdA* 1985, p. 150.

(16 bis) On assiste depuis quelques mois à un regain d'adhésion.

(17) Il n'existe pas en France de cas de recours au contrat à durée déterminée qui soit fonction des caractéristiques intrinsèques de l'entreprise comme sa relative jeunesse.

(18) La RFA connaît une juridiction du travail autonome à trois niveaux: les tribunaux du travail, les tribunaux régionaux du travail et le Tribunal fédéral du travail (*Bundes arbeitsgericht*). Aux côtés de juges professionnels, siègent paritairement des représentants des salariés et des employeurs, choisis par le ministère du Travail sur des listes proposées par leurs organisations.

(19) BAG AP n° 16, § 620 BGB, contrat de travail à durée déterminée.

(20) BAG, DB 1978, p. 1744.

(21) BAG AP n° 31, § 620 BGB, contrat à durée déterminée.

(22) BAG GS AP n° 16, § 620 BGB, contrat à durée déterminée.

(23) BAG AP n° 60, § 620 BGB, contrat à durée déterminée.

(24) BAG AP n° 60, § 620 BGB, contrat à durée déterminée. DAÜBLER, « crise, maintien de l'emploi et partage du travail », *Schweizerische Beiträge zum Europarecht*, Genève, 1984, p. 25 sqq.

(25) Technique de législation provisoire connue en France en matière d'expression des salariés, de travail temporaire.

(26) *BT-Drucksache* 10/2102, p. 14. En 1982, environ deux milliards d'heures supplémentaires ont été travaillées en Allemagne fédérale, ce qui correspond à 1,2 millions d'emplois à temps plein pour une semaine de quarante heures (KURT-SCHERF, in *WSI-Mitt* 1983, p. 272).

rent ». La doctrine relève avec raison que ce principe est reconnu depuis longtemps en jurisprudence, et que la loi n'innove aucunement en la matière (27), tout en s'étonnant de ce que la question sous-jacente de la discrimination des femmes n'ait pas été évoquée, alors que les travailleuses représentent plus de 90 % des salariés à temps partiel (28). Il reste qu'il appartiendra aux tribunaux de déterminer la portée exacte du principe d'égalité inscrit à l'article 3 de la loi fondamentale, et de préciser les « raisons objectives » susceptibles de justifier un traitement différent. Dans une prise de position officielle, le gouvernement fédéral a ainsi indiqué que l'attribution de logements d'entreprise, ou d'allocations supplémentaires en cas de maladie pourraient varier en fonction du volume horaire travaillé (29), ce qui pourrait rendre ce principe d'égalité inopérant (30). Enfin, l'article 1 du paragraphe 6 de la loi prévoit qu'il peut être dérogé, par voie de convention collective, au principe d'égalité entre salariés relevant de différents types de contrats, ce qu'interdisent formellement les normes constitutionnelles et européennes (31).

c) La réglementation du « Kapovaz »

Le Kapovaz est l'exemple même du travail flexible. Il est à rapprocher de ce que l'on connaît en France sous le nom de travail intermittent, caractérisé par l'incertitude des périodes d'emploi et la variabilité des périodes d'occupation à la convenance de l'entreprise. Dans le travail intermittent, le salarié ne sait donc pas à l'avance quand il devra travailler, ni quelle sera la durée du temps de travail (32), ce qui le distingue dorénavant du Kapovaz. En effet, dans la mesure où l'employeur et le salarié sont convenus que le salarié « doit fournir sa prestation de travail en fonction du volume de travail du moment », la loi allemande formule trois principes nouveaux.

Tout d'abord, le contrat de travail doit déterminer la durée du travail. Ainsi serait illicite le « travail sur appel » dans lequel la mise au travail du salarié dépend complètement de la décision discrétionnaire de l'employeur. Sont également illicites des dispositions prévoyant que le salarié doit travailler entre dix et quinze heures par semaine (33). Est en revanche autorisée la stipulation d'une prestation mensuelle de 80 heures susceptibles d'être réparties inégalement sur deux, trois ou quatre semaines (34). Si la durée n'est pas précisée, le contrat est réputé conclu pour dix heures hebdomadaires. Le législateur a, par cette règle, repris la solution retenue le 12 décembre 1984 par le Tribunal fédéral du travail qui avait vu dans un contrat laissant la durée

du travail à la discrétion de l'employeur une fraude aux dispositions relatives au licenciement (35). M. Jean Pélissier considère de telles clauses d'intermittence illicites en droit français parce qu'elles instituent « une variabilité d'emploi et rendent indéterminé l'objet du contrat » (36).

La loi prévoit ensuite que le salarié n'est obligé de travailler que s'il est prévenu quatre jours à l'avance au moins. Si l'employeur ne respecte pas ce délai, le salarié n'est pas tenu d'effectuer sa prestation de travail, mais demeure évidemment libre de répondre à l'appel. Cela signifie en pratique que le salarié ne s'attachera guère au respect scrupuleux de la législation s'il tient à conserver son emploi.

Enfin, la loi règle le cas où la durée journalière de travail ne serait pas déterminée de sorte que le salarié pourrait être appelé pour des périodes de travail très brèves. L'employeur est tenu de recourir au salarié pour une durée d'au moins trois heures consécutives. Il est cependant toujours possible de fixer dans le contrat une durée d'une ou deux heures dont le début et la fin seraient laissés à l'appréciation de l'employeur. Le législateur n'a manifestement accordé que peu d'importance au fait que la liberté contractuelle est généralement pour l'employeur un moyen de sauvegarder ses intérêts, et cela surtout en période de fort chômage (37).

Il semble que ces nouvelles dispositions légales n'aient pas pour effet de valider automatiquement tous les contrats inscrits dans le cadre fixé par la loi (38). Certains auteurs considèrent en effet que la liberté de choix de la profession que garantit l'article 12 de la loi fondamentale — « Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur lieu de travail et l'endroit où ils reçoivent leur formation professionnelle » — serait méconnue si le temps d'attente entre les exécutions de la prestation s'avérait disproportionné par rapport au temps effectivement travaillé et rémunéré : le salarié serait ainsi empêché de conclure un second contrat à temps partiel et de s'assurer par là même un revenu moyen (39). Le principe de l'égalité de traitement est d'autre part violé si seuls ces salariés sont obligés de se tenir à la disposition de l'employeur durant des heures, et cela sans rémunération spécifique (40). En outre, n'est-il pas porté atteinte au droit de la personnalité du salarié si celui-ci n'est plus en mesure de prévoir et d'organiser sa sphère privée ? (41).

Il est pour l'instant difficile de présager si ces critiques convaincront les tribunaux de tenter de produire

(27) DÜTTMANN-HINRICHS-KEHRMANN-OBERHOFER, in *AiB* 1985, p. 71.

(28) SCHÜREN, in *RdA* 1985, p. 23.

(29) *BT-Drucksache* 10/2102, p. 24.

(30) WLOTZKE, in *DB* 1985, p. 757.

(31) BERTELSMANN - RUST, in : *RdA* 1985, p. 150.

(32) Jean PÉLISSIER, « La licéité du travail intermittent ? », *Le temps de travail*, Éditions législatives et administratives, 1985, p. 150.

(33) Ces stipulations sont nommées « réglementations à fréquence ».

(34) LÖWISCH (*BB* 1985, p. 1204) tient pour licite une répartition annuelle du temps de travail décidée par voie de convention. Cf. art. L. 212-8 du Code du travail français.

(35) BAG. *BB* 1985, p. 731. Dans un cas semblable : *ArbG Hamburg, NZA* 1984, p. 358.

(36) Jean PÉLISSIER, op. cit., p. 158.

(37) Pour classique qu'elle soit, la critique de la liberté contractuelle en matière de travail développée par exemple par Otto Kahn-Freund aurait-elle aujourd'hui perdu sa pertinence ? (*Arbeit und Recht*, Cologne, 1979).

(38) MALZAHN, in *AuR*, Heft 9/1985.

(39) MALZAHN, in *AuR* 1985, p. 138 sqq.

(40) SCHÜREN, in *RdA* 1985, p. 24.

(41) MALZAHN, in *AuR* 1985, p. 142 sqq.

un système de normes protectrices à l'occasion de litiges relatifs au Kapovaz.

d) Le partage du poste de travail

Le partage de l'emploi entre deux ou plusieurs salariés (Job sharing) peut poser deux sortes de problèmes qui sont désormais réglés par la loi, dont l'effet est aussi de lever tout doute quant à la licéité du procédé.

D'abord, l'employeur a intérêt, en cas d'empêchement d'un partenaire pour maladie, congés ou raison personnelle, à pouvoir exiger de l'autre la totalité du travail. La loi impose maintenant que le remplacement, dans chaque cas précis, fasse l'objet d'un accord contractuel particulier. Une obligation générale de remplacement ne peut être prévue au contrat de travail que si elle se limite à l'hypothèse de nécessité urgente dans l'entreprise ; même dans ce cas, le salarié n'est contraint au remplacement que dans la mesure où cela peut être « raisonnablement exigé de lui ». Le législateur a, ici encore, négligé la situation d'infériorité qui conduira le salarié à répondre à la demande de l'employeur (42).

Un second problème se pose lorsque l'un des partenaires démissionne et que l'employeur pourrait décider de licencier l'autre afin d'embaucher une nouvelle équipe. Un tel licenciement serait nul, la loi permettant seulement à l'employeur de muter le salarié. En pratique, il pourra lui offrir un emploi de qualification inférieure.

III. — LA LOI ALLEMANDE POUR LA PROMOTION DE L'EMPLOI : EXEMPLE OU REPOUSSOIR ?

Ces nouvelles dispositions légales ont incontestablement assoupli les règles relatives à la relation de travail (43), à tel point que l'on peut se demander s'il existe encore en Allemagne fédérale une relation normale de travail (A). Répondre aujourd'hui de façon catégorique serait sous-estimer le rôle prépondérant de l'intervention normative jurisprudentielle dans un pays où l'on parle parfois d'un « règne des juges », ainsi que de la place des conventions et accords collectifs comme sources du droit (B).

A) Vers la fin de la relation normale de travail ?

Si l'on considère les nouvelles règles en tant que telles, l'impression est qu'elles n'ont apporté que des corrections ponctuelles au droit du travail allemand, sans altérer véritablement les institutions centrales (44). Se contenter d'un tel constat serait se méprendre sur les effets : la nouvelle loi renforce la division entre personnel stable et personnel précaire, en fournissant à l'employeur des moyens accrus de nouer des relations de travail atypiques. Les normes de protection des salariés risquent de

se révéler bien peu efficaces dans la majorité des cas dès lors qu'elles sont à la disposition des parties contractantes. Le législateur a choisi de favoriser la souplesse de la gestion du personnel au détriment de la protection des salariés. Si l'on ne peut dire qu'il crée ouvertement un droit du travail à deux vitesses, il en permet l'existence. Il ne dresse aucun barrage contre la renaissance la plus discutable d'une liberté contractuelle en droit du travail qui permet à l'employeur de sélectionner la forme de la relation de travail la plus adéquate aux impératifs économiques tels qu'il les apprécie souverainement.

Ces conséquences indéniablement négatives ne seront pas nécessairement compensées par la création d'emplois. Les coûts sociaux inférieurs se manifesteront par un profit plus grand pour les entreprises, mais rien ne garantit que le surplus ainsi dégagé se traduira par une augmentation du nombre d'emplois disponibles. On peut tout aussi bien imaginer un engagement renforcé sur les marchés de capitaux étrangers, ou encore des investissements de rationalisation qui conduiront à de nouvelles suppressions d'emplois (45). Même en considérant une augmentation globale du travail, cela n'aurait pas pour conséquence inéluctable de nouvelles embauches, mais pourrait se manifester par un recours aux heures supplémentaires. D'un côté, on trouve des désavantages assurés pour les salariés, de l'autre côté, des avantages plus qu'incertains pour les chômeurs. Cette amélioration aléatoire se paie comptant par l'érosion de la relation normale de travail.

B) Quels correctifs espérer de la jurisprudence et de la pratique contractuelle ? (46)

La législation ne constitue pas la source principale du droit du travail allemand (47). Il est d'ailleurs symptomatique qu'une grande partie du texte récent ne prenne sens qu'en référence à la jurisprudence antérieure : la nouvelle réglementation des contrats à durée déterminée vient faire échec, au profit des employeurs, à la jurisprudence antérieure de la même façon que la loi française du 3 janvier 1979 était venue briser les effets prétoriens voués à réduire la place de la qualification de contrat à durée déterminée. Il est vrai en revanche que les dispositions relatives au Kapovaz apportent une certaine protection minimale dans l'esprit de la jurisprudence exigeant une fixation contractuelle de la durée du travail. A priori, il ne paraît donc pas exclu que la marginalisation de certains groupes de salariés puisse être endiguée par les tribunaux, mais encore faut-il qu'ils soient saisis ! La démarche des employeurs en quête de salariés précaires n'est pas libérée de toute contrainte puisque les interdictions de discrimination — en fonction par exemple du sexe ou des convictions politiques ou syndicales — doivent être respectées en toutes circonstances (48). Même sous l'empire de la nouvelle loi, les limitations de durée d'emploi ne sauraient être totale

(42) DÜTTMANN, HINRICHS, KEHRMANN, OBERHOFER, *AiB* 1985, p. 75.

(43) Cf. Bertram MICHEL, contribution sur la RFA, in : *Droit du travail, crise économique et démocratie*, sous la direction d'Antoine JEAMMAUD et Antoine LYON-CAEN (à paraître 1986).

(44) WLOTZKE, in *DB* 1985, p. 758.

(45) KUDA, in *Gewerkschaftsjahrbuch*, KITTNER éd., p. 163 sqq. En 1984, 40 milliards de D.M. ont été placés sur le marché

américain des capitaux.

(46) Sur les tendances récentes des négociations collectives en République fédérale d'Allemagne, v : Manfred WEISS, *Droit social* 1985, p. 757.

(47) Sur les sources du droit du travail allemand : DÄUBLER, *Arbeitsrecht* 1, 7^e édition, Reinbek 1985, p. 30 sqq.

(48) DÜTTMANN, HINRICHS, KEHRMANN, OBERHOFER, *AiB* 1985, p. 70.

ment arbitraires. Dans quelques cas, les conventions collectives en vigueur offriront une certaine protection dans la mesure où elles subordonnent la conclusion de contrats à durée déterminée à l'existence d'une cause objective et que, selon les principaux commentateurs, les conventions priment la loi (49). Est également avancé l'argument de l'anti-constitutionnalité ; d'aucuns prétendent que la réglementation relative aux contrats à durée déterminée constitue une atteinte disproportionnée au droit du libre choix de la profession et aurait des effets discriminatoires (50). Si un tribunal du travail trouvait l'occasion de partager cette opinion, il devrait soumettre la disposition légale au Tribunal constitutionnel fédéral pour contrôle de sa constitutionnalité. Comme une telle procédure dure généralement plusieurs années, les employeurs seraient sans doute amenés à faire un usage plus limité de la nouvelle réglementation.

Peu importe l'issue des controverses juridiques, leur existence même montre combien il est difficile au seul législateur de modifier radicalement le droit du travail. L'expérience en a été faite à plusieurs reprises par la

coalition socialo-libérale dont les projets de réforme ont échoué devant le Tribunal constitutionnel fédéral. La contre-réforme pourrait maintenant rencontrer une opposition comparable de la part de la juridiction du travail. Expliquer cela par l'engagement de quelques juges favorables aux syndicats serait bien sommaire, car l'intégration de l'individu comme des syndicats dans le système politique et économique actuel de la RFA a toujours été un idéal pour les magistrats. Ils savent qu'une remise en cause trop brutale des acquis sociaux pourrait engendrer des oppositions incontrôlables et ébranler la fonction des syndicats en tant qu'agents de régulation des rapports sociaux. Pour ce qui est de cet aspect, les juges possèdent un plus haut degré de sensibilité que l'actuelle majorité parlementaire. Les luttes pour la réduction du temps de travail du printemps 1984 (51) et pour la défense de l'exercice du droit de grève de début 1986 ont montré que les syndicats allemands ont encore quelque capacité de lutte (52). Il leur appartient, s'ils maintiennent des dispositions combatives suffisantes, de créer les conditions d'un infléchissement de l'évolution du droit du travail incarnée par la loi pour la promotion de l'emploi.

(49) DÜTTMANN, HINRICHS, KEHRMANN, OBERHOFER, *AiB* 1985, p. 70 ; WLOTZKE, *NZA* 1984, p. 218 ; KITTNER, *op. cit.* p. 13.

(50) En particulier, MÜckengerger, *NZA*, Heft 17/1985.

(51) Christof WATKINSON, « 1984. Victoire puis repli ? La lutte des

métallurgistes allemands. Historique et bilan », *Travail*, septembre 1985, p. 52 sqq., Francis KESSLER, « La réduction de la durée du travail dans la métallurgie allemande et ses conséquences sur les autres branches industrielles », *Droit social* 1985, p. 850 sqq.

(52) BOBKE, *WSI-mitt* 1985, p. 57 sqq.