

L'ACCORD DU 11 JANVIER 2008 SUR LA MODERNISATION DU MARCHÉ DU TRAVAIL

Une tentative d'évaluation

Alexandre Fabre

Maître de conférences en droit à l'Université de Rennes 2 – CRESS LESSOR

Florence Lefresne

Chercheure IRES (Institut de recherches économiques et sociales)

Carole Tuchsirer

Chercheure CEE (Centre d'études de l'emploi)

L'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 portant sur la modernisation du marché du travail constitue un accord historique par la variété des thèmes dont il traite : rupture du contrat de travail, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, insertion professionnelle des jeunes, formation professionnelle tout au long de la vie et indemnisation du chômage. Le parti pris de cet article est de chercher à en évaluer le contenu à la lumière des thèses et des propositions qui ont précédé sa négociation. Si l'on veut bien admettre que les débats sur l'avenir du marché du travail s'articulent autour de deux thématiques : la sécurisation des parcours professionnels, d'un côté ; la flexibilisation du rapport de travail, de l'autre, l'accord suscite des réactions contrastées. Sur la sécurisation des parcours, il déçoit car il n'en constitue qu'une première étape, incertaine, renvoyant à une série de négociations à venir. Sur la flexibilisation du rapport de travail, l'accord surprend. Là où on pouvait s'attendre à voir émerger des mesures offrant une plus grande flexibilité dans l'utilisation de la main-d'œuvre, ce sont principalement des dispositifs de sécurisation juridique qui font leur apparition.

Mots clés : Sécurisation des parcours professionnels. Contrat de travail. Flexibilité. Licenciement. Accord interprofessionnel.

alexandre.fabre@univ-rennes2.fr
Florence.lefresne@ires-fr.org
Carole.tuchsirer@cee.enpc.fr

L'accord du 11 janvier 2008 est historique parce qu'il constitue la première application de la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007. Depuis l'adoption de cette loi, le gouvernement qui souhaite engager une réforme portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, doit proposer aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel d'ouvrir éventuellement une négociation sur ce thème¹. Cette règle, qui revient à donner une plus grande part de responsabilité aux partenaires sociaux dans l'élaboration de la norme sociale, a eu cependant comme conséquence dans le cas présent de contraindre le jeu de la négociation : celle-ci s'est déroulée en un temps record (5 mois), suivant un rythme soutenu (en moyenne, une réunion de négociation par semaine), sous la menace d'une intervention législative en cas d'échec.

Mais, plus que son mode d'élaboration, c'est bien évidemment le contenu de l'accord qui mérite d'être souligné. Y sont abordées des questions aussi variées que la rupture du contrat de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, l'insertion professionnelle des jeunes, la formation professionnelle tout au long de la vie et l'indemnisation du chômage. Il faut remonter à la fin des années 1960, avec la signature de l'accord sur la sécurité de l'emploi, pour retrouver une prise en compte aussi globale de la problématique emploi. L'objet de l'accord – moderniser le marché du travail – explique sans doute pourquoi les partenaires sociaux ont renoué avec une négociation multidimensionnelle de l'emploi. On regrettera toutefois qu'ils n'aient pas davantage explicité cette ambition dans un développement liminaire du type préambule. Cette ambition ne faisait-elle pas l'objet d'un consensus suffisant ? Le temps a-t-il tout simplement manqué aux partenaires sociaux ? Ce qui est également frappant à la lecture de l'accord, c'est la grande diversité d'objet de ses clauses (Freysinet, 2008). Certaines adoptent des dispositions directement applicables (clauses normatives)² ; d'autres énoncent des objectifs ou principes généraux dépourvus d'effets contraignants (clauses déclaratives) ; d'autres encore renvoient la négociation de certains thèmes à une date ultérieure (clauses de renvoi).

Au-delà de sa physionomie générale, que peut-on dire de l'accord du 11 janvier 2008 ? La tentation est grande de prime abord de chercher qui, des salariés et des employeurs, a le plus tiré son épingle du jeu. Qui a gagné ? Qui a perdu ? Telles sont les questions auxquelles les

1. Art. 101-1 à 101-3 de la loi de modernisation sociale, devenus art. L. 1 à L. 3 du nouveau Code du travail.

2. Sous réserve toutefois de leur transposition dans des textes législatifs (loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO du 26 juin) ou réglementaires (décret en Conseil d'Etat, décret simple ou arrêté selon le caractère réglementaire des dispositions).

observateurs ont tenté de répondre dans les semaines qui ont suivi sa signature³. Cette analyse à « chaud » a souvent conduit à prêter attention aux concessions qui ont jalonné la négociation. Quelles étaient les positions de chacun au départ ? Qu'ont-ils « lâché » ? Qu'ont-ils « arraché » ? Il est cependant possible de livrer un autre type d'analyse de l'accord maintenant que sa date de conclusion est plus lointaine. Cette analyse consiste à en évaluer le contenu à la lumière des réflexions, thèses et propositions qui ont précédé sa négociation. L'accord s'en inspire-t-il ? Les fait-il sienne ? Si oui, comment ?

Si l'on veut bien admettre que les débats sur le marché du travail se sont principalement articulés autour de deux revendications, la sécurisation des parcours professionnels d'un côté, la flexibilisation du rapport de travail de l'autre, l'accord suscite de ces deux points de vue des réactions contrastées :

— sur le thème de la sécurisation des parcours professionnels, l'accord déçoit. Loin de réaliser cet objectif dans l'immédiat, il constitue une première étape (I).

— sur le thème de la flexibilisation du rapport de travail, l'accord surprend. Là où on pouvait s'attendre à voir émerger des mesures offrant une plus grande flexibilité dans l'utilisation de la main-d'œuvre, ce sont principalement des dispositifs de sécurisation juridique qui font leur apparition (II).

I. Les principales dispositions de l'ANI du 11 janvier 2008

L'accord, composé de 19 articles, comporte trois nouveautés principales concernant le contrat de travail.

— En premier lieu, aux côtés de la démission et du licenciement, est instituée une nouvelle modalité de rupture du contrat (art. 12a) : la rupture conventionnelle entre un employeur et son salarié, laissant à ce dernier un droit de rétractation suivant un délai de quinze jours après signature de la convention. Cette procédure doit être validée par le directeur départemental du travail (Service public de l'emploi). Celui-ci dispose à cet effet d'un délai déterminé de 15 jours calendaires à l'issue duquel son silence vaut homologation. Le salarié bénéficie alors d'une indemnité de rupture équivalant à un cinquième de mois par année d'ancienneté et accède aux allocations de chômage.

— En deuxième lieu, les périodes d'essai des contrats à durée indéterminée sont allongées (art. 4) : entre un et deux mois maximum pour les ouvriers et les employés ; entre deux et trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ; entre trois et quatre mois pour les cadres. Cette période peut être renouvelée une fois par des

3. L'accord a été signé par l'ensemble des organisations patronales et des organisations syndicales représentatives à l'exception de la Confédération générale du travail. Tout en soulignant que « la partie patronale avait bougé parce que les organisations syndicales avaient pesé ensemble jusqu'au bout », la CGT a rejeté ce qu'elle a qualifié d'« accord déséquilibré qui, malgré quelques mesures positives, accentue la précarité pour le salarié » (Comité confédéral national du 29 janvier 2008).

accords de branche. Une période plus courte peut être fixée dans la lettre d'engagement ou dans le contrat de travail. Par ailleurs, pour les jeunes, la durée des stages est décomptée de la période d'essai.

— En troisième lieu est créé, à titre expérimental, un nouveau contrat de travail réservé aux ingénieurs et aux cadres pour la réalisation de projet dont la durée est incertaine (art. 12b). La durée de ce contrat est limitée mais son terme n'est pas fixé à la signature car celui-ci dépend de la fin de la mission confiée. Elle doit être comprise entre 18 et 36 mois. Ce contrat ne peut pas être renouvelé. Son recours est subordonné à un accord de branche étendu ou d'entreprise et « ne peut être utilisé pour faire face à un accroissement temporaire d'activité ». Le contrat peut être rompu, à la date anniversaire de sa conclusion, pour un motif réel et sérieux. Le salarié touche dans ce cas une indemnité d'un montant équivalant à 10 % de sa rémunération totale brute perçue, non assujettie aux prélèvements sociaux et fiscaux et bénéficie des droits des chômeurs (indemnités de chômage et mesures d'accompagnement).

De leur côté, les salariés se voient assurés de conserver certains droits y compris lors de période de chômage.

— Le salarié conserve ainsi 100 % du solde des heures de formation acquise dans le cadre du Droit individuel de formation (art. 14). Ce solde pourra être converti en action de formation, bilan de compétence ou VAE (validation d'acquis d'expérience) ou autres mesures d'accompagnement.

— Le salarié reste également couvert par sa protection complémentaire de santé pendant un tiers de la durée d'indemnisation chômage avec un minimum de trois mois (art. 14). Le financement de ces garanties est assuré conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les mêmes proportions qu'antérieurement ou par un système de mutualisation défini par accord collectif.

— Par ailleurs, le montant de l'indemnité interprofessionnelle de licenciement devient unique et d'un montant qui ne peut être inférieur à un cinquième du salaire mensuel par année de présence (contre 1/10^e aujourd'hui) (art. 11). Un plancher et un plafond seront fixés par le législateur en cas de contestation judiciaire d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette indemnité pourra être touchée après un an d'ancienneté (contre deux ans aujourd'hui). Enfin, les moins de 25 ans involontairement privés d'emploi et ne remplissant pas les conditions d'activité antérieure ouvrant droit au régime d'assurance chômage, se verront attribuer une prime forfaitaire servie par celui-ci. Le montant de cette prime sera fixé à l'issue de la négociation interprofessionnelle à venir sur l'assurance chômage.

I. Les premiers pas timides vers la sécurisation des parcours professionnels

Le cadre thématique de l'ANI (accord national interprofessionnel) avait été, d'une certaine façon, défini par les partenaires sociaux à l'occasion de la production de l'avis rendu par le Conseil économique et social en mai 2007 (CES, 2007). Cet avis, signé par l'ensemble des organisations syndicales et patronales⁴, peut ainsi servir de point d'appui pour analyser la portée de l'accord au regard des préoccupations

4. Seul, le groupe de l'artisanat s'est abstenu.

affichées par les partenaires sociaux, six mois plus tôt. Dès l'introduction, le CES précise les contours de la sécurisation des parcours professionnels qui « ne vise pas seulement la réparation de situations de rupture, mais bien la globalité des situations professionnelles, inscrites dans un parcours de vie, qui appellent la conception d'un nouveau système » (*op. cit.*, p. 1-5). Plusieurs catégories de personnes souvent en difficulté vis-à-vis de l'emploi sont au cœur du projet de sécurisation des parcours : les jeunes en difficulté d'insertion, les seniors en fin de carrières, les salariés victimes des restructurations, les femmes à temps partiel, les demandeurs d'emploi en fin de droits. Mais l'avis tient également à rappeler le caractère englobant de la démarche qui doit intégrer les salariés en activité « désireux de se former pour réorienter leurs parcours », y compris dans « les secteurs publics, dont les personnels doivent aussi pouvoir s'inscrire dans des perspectives de parcours professionnels ». Plus généralement, le CES n'entend pas focaliser la démarche sur le seul contrat de travail. La sécurisation des parcours professionnels constitue un enjeu qui ne peut se limiter aux seules situations de ruptures du contrat de travail d'où la volonté de « placer la personne au cœur de la réflexion en déroulant les différentes étapes de sa trajectoire professionnelle » (*Ibid*, p. 1-8). C'est par la voie de la négociation collective interprofessionnelle que le CES en appelle à une rénovation des politiques d'emploi et l'on peut donc considérer que l'ANI du 11 janvier 2008 marque une première étape allant effectivement dans ce sens.

Incontestablement, le contenu de l'ANI s'est inspiré des recommandations formulées par le CES. La structuration de l'accord qui aborde successivement l'entrée dans l'entreprise, l'amélioration du parcours en emploi, la sécurisation des contrats et l'amélioration du retour à l'emploi atteste bien de l'inscription de l'ANI dans la perspective tracée par l'avis.

Néanmoins, l'accord reste encore profondément marqué par le poids accordé au contrat de travail dans l'analyse du fonctionnement du marché du travail. Il est à ce titre assez symptomatique que son premier article soit consacré aux contrats de travail pour réaffirmer le caractère premier du CDI qui reste la forme normale et générale du contrat de travail. Plus généralement, pour l'employeur comme pour le salarié, il nous semble que les éléments nouveaux de sécurisation contenus dans l'accord vont concerner essentiellement deux catégories de salariés : ceux qui sont sur le point d'intégrer l'entreprise et ceux qui à l'inverse s'appêtent à la quitter. Mais pour les salariés en poste comme pour les demandeurs d'emploi, l'ANI du 11 janvier, s'il est porteur d'espoir pour l'avenir, ne débouche que sur très peu d'acquis immédiats. Comme on peut le constater dans l'encadré, les changements directement applicables concernent les conditions d'entrée dans l'entreprise (durée et statut de la période d'essai) ainsi que les conditions de sortie de l'entreprise (revalorisation de l'indemnité de rupture, introduction d'une nouvelle modalité de rupture conventionnelle, transférabilité /portabilité partielle

du droit individuel de formation (DIF) et de la complémentaire santé)⁵. Sans nier l'importance de ces innovations, il faut néanmoins noter que pour les salariés en fonction comme pour les chômeurs, très peu de dispositions leur sont immédiatement applicables.

I.1. Peu d'innovations pour améliorer les parcours professionnels des salariés

En ce qui concerne les salariés en place, l'accompagnement des parcours de professionnalisation n'a fait l'objet dans le cadre de l'ANI d'aucune inflexion majeure. L'essentiel des dispositions retenues consiste à réactiver les outils et dispositifs déjà contenus dans l'ANI de 2003 relatif à la formation tout au long de la vie⁶, tout en soulignant la nécessité de renforcer l'accès à la formation professionnelle pour les salariés faiblement qualifiés et les demandeurs d'emploi. Il faudra donc attendre la prochaine réforme de la formation professionnelle pour évaluer la portée effective de cette disposition, qui pour l'heure n'en reste qu'au stade de la déclaration d'intention. De la même manière, bien que l'accord du 11 janvier n'aborde pas ce point, la réforme à venir devrait se pencher sur le sort des salariés dans les petites et moyennes entreprises dont l'accès à la formation reste très faible alors même que ces dernières emploient près de 55 % des salariés. L'ANI de 2003, pourtant régulièrement évoqué, n'a malheureusement pas inversé la tendance, les nouveaux dispositifs de formation créés à cette date ont été très diversement appliqués dans les entreprises. À titre d'illustration, si 4 % des salariés seulement ont fait usage du DIF en 2006, ce taux n'atteint que 1,1 % pour les salariés des entreprises de 10 à 19 salariés alors qu'il est de 6,5 % pour celles de 2000 salariés et plus (IGAS, 2008). Le même constat vaut également pour la période de professionnalisation, toujours instaurée par l'ANI de 2003, censée favoriser le maintien dans l'emploi de salariés dont la qualification est insuffisante au regard de l'évolution des technologies et des organisations. Seuls 4,5 % des entreprises de 10 à 19 salariés ont eu au moins un salarié en période de professionnalisation alors qu'elles ont été plus des trois quarts dans ce cas pour celles employant plus de 2000 salariés. Cette question de la faiblesse de l'effort de formation dans les petites entreprises est centrale, mais malheureusement l'accord sur la modernisation du marché du travail n'évoque pas ce point qui pourtant interpelle fortement les partenaires

5. Les partenaires sociaux optent pour le terme de « portabilité ». La transférabilité suppose que le salarié puisse faire valoir auprès d'un nouvel employeur les droits qu'il a déjà acquis auprès de son ancien employeur. La portabilité suppose, quant à elle, un mécanisme de consignation individualisé, les créances acquises par le salarié étant provisionnées auprès d'un organisme tiers (Freyssinet, 2008).

6. « Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003, relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle », *Droit social*, n° 5, mai 2004.

sociaux gestionnaires des OPCA⁷ et dont la mission vise à assurer une mutualisation des fonds collectés.

En matière d'accompagnement des salariés en activité, la seule innovation a consisté en la création d'une nouvelle prestation d'évaluation des compétences, le « bilan d'étape professionnel » qui sera destiné à inventorier de manière prospective et à périodicité régulière les compétences des salariés. Mais il est difficile de voir en quoi ce nouvel outil se différencie de l'entretien professionnel introduit en 2003. Rappelons que cet entretien, réalisé par l'entreprise au minimum tous les deux ans, doit être accessible à tout salarié ayant au moins deux années d'ancienneté et doit lui permettre « d'être acteur de son évolution professionnelle ». Les évaluations en cours de l'ANI de 2003 devraient apporter des informations sur l'effectivité et le contenu donné à cet entretien.

Plus généralement, l'accord sur la modernisation du marché du travail réaffirme la nécessité de progresser dans le développement des compétences transférables *via* notamment la validation des acquis de l'expérience (VAE) et le passeport formation, respectivement mis en place en 2002 et 2003 et dont la diffusion dans les entreprises reste pour le moins modeste. Une évaluation récente conduite par l'IRES, le CEE et le CEREQ aboutit au résultat que la VAE constitue plus un outil de validation de l'expérience passée qu'un outil de gestion des ressources humaines susceptible de modifier les trajectoires professionnelles des salariés (CEE, 2008 ; IRES, 2008). Sur ce sujet, l'ANI du 11 janvier se limite à formuler le vœu d'inscrire la VAE dans une démarche plus dynamique pour favoriser l'évolution professionnelle des salariés sans « s'en tenir au simple constat de l'expérience passée ».

Finalement, peu d'éléments nouveaux sont de nature à favoriser un meilleur accompagnement des parcours de professionnalisation des salariés. Comme le souligne Bernard Brunhes (2008, p. 404) : « Les quelques éléments, fort modestes, de l'accord ne concernent que la portabilité ou la transférabilité des droits. Mais là n'est pas la principale question. Quelles sont les obligations des employeurs pour assurer l'employabilité des salariés, c'est-à-dire les mettre en situation de se reconverter en cas de rupture du contrat de travail ? Quelles contraintes leur sont imposées pour participer au reclassement des travailleurs licenciés ou en fin de contrat ? ». En outre, l'ANI reporte quasi exclusivement sur le Service public de l'emploi le soin d'outiller le salarié qui souhaiterait évoluer dans sa carrière professionnelle en distinguant la mobilité professionnelle à l'initiative du salarié de celle qui serait à l'initiative de l'employeur. Dès lors qu'il émanerait du salarié, le projet de mobilité professionnelle serait du seul ressort de la future ANPE sans qu'à aucun moment l'entreprise ne soit partie prenante du projet d'évolution

7. Organismes paritaires collecteurs agréés.

de carrière de son salarié. Il nous semble qu'il y a là une inflexion par rapport à l'esprit de l'ANI de 2003 qui, en matière de formation professionnelle, semblait davantage se situer sur le registre de la codécision des parcours (comme c'est notamment le cas avec le DIF qui relève de la décision individuelle mais qui exige l'accord de l'employeur), une dimension moins présente dans le présent accord⁸.

Globalement, l'apport de l'accord interprofessionnel à la réforme programmée de la formation professionnelle reste de faible ampleur et n'aborde quasiment à aucun moment ce qui, aujourd'hui, fait obstacle à la construction de véritable parcours de formation, à savoir la multiplicité des statuts juridiques, sources de trop nombreux abandons des cursus de formation. De ce point de vue, il est à souhaiter que la réforme de l'assurance-chômage s'opère en étroite concertation avec celle relative à la formation professionnelle, de façon à ce que la question de la diversité des régimes statutaires des chômeurs ne constitue plus une barrière à la poursuite des parcours de formation. Ainsi que le rappelle à raison Jean-Marie Luttringer et Jean-Pierre Willems (2008, p. 332) : « (...) aucun parcours d'insertion vers la qualification ne peut, en l'état actuel du droit, traverser, sans risque de rupture, les espaces juridiques successifs du travail salarié, de l'assurance-chômage et de l'assurance formation (FAF-OPCA), de la solidarité nationale (statut de stagiaire de la formation professionnelle, de l'assistance, RMI...). Chacun de ces espaces connaît sa logique juridique propre, son mode de prescription et de gestion, ses règles de financement. Ils ne font l'objet d'aucune coordination entre eux ».

1.2. Négociations sur l'assurance-chômage : un processus mal engagé

S'agissant de la réforme à venir de l'assurance-chômage, l'accord ne semble pas réaffirmer le caractère central du revenu de remplacement dans la gestion des transitions professionnelles des chômeurs. Très peu de dispositions débouchent sur des avancées indemnitaires immédiates à l'exception de l'article 3 qui institue « pour les jeunes de moins de 25 ans involontairement privés d'emploi et ne remplissant pas les conditions de durée d'activité antérieure ouvrant l'accès aux allocations du régime d'assurance-chômage, une prime forfaitaire » servie par l'Unédic. Celle-ci constituerait une sorte d'avance qui serait « susceptible de s'imputer sur

8. Art 8, a) Mobilité professionnelle à l'initiative du salarié. « Afin de donner la possibilité aux salariés en activité de progresser dans leur carrière, ces salariés pourront avoir accès aux services du SPE tout en restant dans leur entreprise. Ainsi, dans le cadre de leur parcours professionnel, ils pourront acquérir de nouvelles qualifications ou encore s'engager dans la création ou la reprise d'une entreprise. Le Service public de l'emploi informera le salarié des conditions d'accès aux dispositifs, notamment la VAE, le bilan de compétence, le CIF, la formation et l'aidera à articuler entre eux les dispositifs de financement afin que le salarié soit conseillé et aidé dans la concrétisation de ses projets professionnels ».

les premiers droits aux allocations chômage » ouverts aux personnes ayant bénéficié de ladite prime. Il est donc difficile à ce stade de se prononcer sur les garanties indemnitaires liées à l'accord puisque l'essentiel va se jouer au cours de la prochaine réforme de l'assurance chômage qui interviendra au plus tard avant la fin de l'année 2008. Mais il est certain que la question de l'étendue de la couverture indemnitaire est centrale, y compris et surtout du point de vue de la réinsertion professionnelle des chômeurs. À ce titre, l'extension de l'accès du régime d'assurance-chômage aux jeunes demandeurs d'emploi est une ouverture appréciable mais limitée, tant le champ d'intervention de l'Unédic s'est rétracté au cours des vingt-cinq dernières années au point de ne plus couvrir que 45 % des demandeurs d'emploi (et moins d'un jeune demandeur d'emploi sur trois). En France, ce régime paritaire fondé sur un modèle bismarckien a vu, depuis sa création en 1958, sa mission indemnitaire partagée avec l'État qui verse à certains allocataires exclus de l'assurance chômage une allocation spéciale de solidarité (ASS) elle-même forfaitaire et soumise à nombre de conditions (de travail et de ressources). Paradoxalement, ce système indemnitaire à deux têtes, pourtant fortement marqué par l'importance accordée au travail, n'a pas su s'adapter à la crise de l'emploi survenue dès les années 1980 et a, de fait, exclu de son champ de protection les nouvelles catégories de chômeurs que le dysfonctionnement du marché du travail a fait émerger (les jeunes, les femmes à temps partiel, les chômeurs de longue durée, les personnes en CDD, en intérim, etc.). Finalement, le régime d'assurance chômage reste marqué par ses origines, c'est-à-dire par la figure du *male breadwinner*, de telle sorte qu'il privilégie encore les salariés âgés, les licenciés économiques et ceux qui disposent d'une carrière longue. Aujourd'hui, la part des chômeurs indemnisés par l'Unédic et l'État atteint 59 %. Elle est seulement de 42 % pour les jeunes de moins de 25 ans alors qu'elle atteint 80 % pour les salariés âgés de plus de 50 ans. Compte tenu de l'inadaptation du système indemnitaire aux réalités du marché du travail et aux nouveaux « risques de précarité de l'emploi », le RMI, et donc les départements, sont devenus la troisième composante du dispositif d'indemnisation des chômeurs. Ce système indemnitaire est complexe et ne fait pas l'objet d'une régulation conjointe associant l'ensemble de ces acteurs. D'où des décisions prises de façon autonome sur ces trois allocations avec des effets de vase communicant fortement dommageables pour les demandeurs d'emploi quand l'État décide de reporter sur les départements via le RMI les conséquences d'un durcissement des conditions d'indemnisation des chômeurs décidé unilatéralement par l'Unédic (Tuchszirer, 2008).

Il est donc important de remettre à plat le système d'indemnisation des chômeurs sans se limiter, comme on peut le craindre, à la seule réforme de l'assurance-chômage. S'il faut donc souhaiter que l'État participe activement à la négociation qui va s'ouvrir, il apparaît en revanche prématuré d'aborder le sujet sous l'angle des sanctions par le

biais de l'offre valable d'emploi que le chômeur ne pourrait refuser sous peine de voir ses allocations chômage suspendues. Du point de vue de la problématique de la sécurisation des parcours professionnels, il importerait avant toute chose de redéfinir le périmètre des actifs sans travail qu'il convient de protéger contre le risque chômage en invitant les partenaires sociaux et les pouvoirs publics à mieux articuler leurs interventions pour assurer une régulation optimale des deux allocations qui structurent aujourd'hui le système indemnitaire. Mais là encore l'accord reste muet sur cet enjeu important et focalise son attention sur la réforme du régime d'assurance chômage qui ne constitue qu'une des composantes du problème soulevé par des modes de prises en charge des chômeurs aujourd'hui faiblement protecteurs et fortement éclatés. Les négociations qui devraient s'ouvrir en 2008 subissent avant l'heure les interférences du gouvernement puisque l'offre raisonnable d'emploi devrait faire l'objet d'une prochaine loi avant l'été. Nous sommes de nouveau dans le cadre d'une relation triangulaire qui voit les pouvoirs publics jouer un rôle central dans la définition du champ du négociable. On le voit à travers la focalisation actuelle sur l'« offre raisonnable d'emploi » désormais reprise par la loi ou encore sur le transfert d'une fraction des recettes de l'Unédic vers le financement des retraites. Ce contenu thématique augure mal de la place qui sera accordée à la sécurisation des revenus de remplacement dans le cadre de la future négociation.

2. Les faux-semblants de la flexibilisation du rapport de travail

Pour évaluer l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, il est impossible d'ignorer les nombreux rapports consacrés ces dernières années au marché du travail. La question est précisément de savoir si les analyses développées dans ces rapports, ainsi que les propositions qui y sont formulées, se retrouvent dans son contenu. À première vue, cette question appelle une réponse négative. La lecture de l'accord révèle que les partenaires sociaux n'ont pas cédé aux sirènes du contrat de travail unique, ni aux appels à déréglementer le licenciement pour motif économique. Pourtant, si on y regarde de plus près, l'accord s'avère moins indifférent qu'il n'y paraît à la doctrine de ces rapports, puisqu'il tend par certaines de ses dispositions à soustraire la rupture du contrat de travail au droit du licenciement.

2.1. Le rejet du contrat de travail unique

Dans la période récente, plusieurs rapports ont proposé d'instaurer un *contrat de travail unique* en lieu et place de toutes les formes existantes

de contrat de travail (Blanchard, Tirolle, 2003 ; Camdessus 2004 ; Cahuc, Kramarz, 2004). Dans le rapport Cahuc-Kramarz, où cette proposition est sans doute la plus élaborée, il est ainsi préconisé de supprimer tous les types de contrat à durée déterminée pour généraliser le contrat à durée indéterminée. Cette réforme est présentée comme le moyen de mettre fin aux inégalités constatées sur le marché du travail – les plus vulnérables se voyant le plus souvent proposer des contrats courts – et de restaurer la valeur sociale de l'emploi – l'employeur désireux de rompre le contrat étant tenu de verser une contribution de solidarité aux pouvoirs publics.

Thème majeur de la campagne présidentielle de Nicolas Sarkozy, le contrat de travail unique fut, sans surprise, l'une de ses priorités une fois élu Président de la République. Compte tenu des modifications introduites par la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007⁹, son instauration nécessitait toutefois l'intervention préalable des partenaires sociaux. Dans le document d'orientation qu'il adressa aux négociateurs, le Premier ministre ne put donc faire autrement que suggérer « l'instauration d'un contrat de travail conclu sans détermination de durée se substituant en tout ou partie aux formes juridiques existantes ».

C'est peu de dire que les partenaires sociaux n'ont pas été favorables à cette proposition. Ils la rejettent dès le premier article de l'accord en montrant leur attachement à la diversité des formes de contrat de travail. Après avoir rappelé que « le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail », ils ajoutent ainsi que « le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail temporaire constituent des moyens de faire face à des besoins momentanés de main-d'œuvre » et que « leur utilité économique dans un environnement en perpétuelles fluctuations et dans un contexte de concurrence mondiale est avérée ». En affirmant ces principes, les partenaires sociaux ne pouvaient pas mieux exprimer leur hostilité au contrat de travail unique (Gaudu, 2008).

On comprend aisément la position des organisations syndicales soucieuses d'éliminer un projet faisant table rase d'une grande partie du socle réglementaire du licenciement. De ce point de vue, elles rejoignent la position de la Confédération européenne des syndicats s'inquiétant de certaines orientations de la Commission européenne en matière de flexicurité¹⁰. De leur côté, les organisations patronales n'ont jamais soutenu, elles non plus, la proposition de contrat unique. La volonté de

9. *Supra*, introduction.

10. Dans le document préparatoire à son comité exécutif du 21 mars 2007, la CES affirme, parmi les sept principes qui doivent constituer la base du débat sur la flexicurité, celui du maintien de la législation protectrice de l'emploi (LPE) dans chaque pays : « Défendre une réduction de la LPE est en opposition avec les politiques actuelles et les conclusions de la recherche, qui ne trouvent aucune preuve substantielle selon laquelle la LPE ferait obstacle à de hauts niveaux d'emploi ou aux flux des emplois sur le marché du travail » http://www.etuc.org/IMG/pdf/Depliant_Flexicurity_FR.pdf (p.3).

maintenir un accès large à d'autres formes contractuelles (CDD, intérim) – souvent au prix d'un contournement des termes de la loi – peut contribuer à justifier cette position, la rupture automatique du contrat par survenance du terme constituant sans doute la modalité la plus simple de flexibilisation des effectifs. Des travaux fondés sur des données originales renseignant sur les stocks de CDD par entreprise soulignent la dimension de stratégie structurelle de gestion de la main-d'œuvre que semble incarner le recours tendanciellement croissant à cette forme d'emploi (Sauze, 2006). Même juridiquement assoupli, le licenciement n'est jamais une modalité de rupture aisée à envisager pour un employeur. Ce n'est pas tant son coût économique (par ailleurs doublé par l'accord, voir encadré) que son « coût sociologique » qui exerce un effet désincitatif (Gaudu, *op. cit.*). Le licenciement est source d'inquiétude, de conflit potentiel, d'image négative de l'entreprise. Sans doute faut-il ajouter que l'ombre du CNE a plané sur le projet de contrat de travail unique pour lui faire connaître le même destin funèbre. Sa condamnation successive, par la cour d'appel de Paris (6 juillet 2007) jugeant excessive la période d'essai, puis par l'OIT (14 novembre 2007) dénonçant le non-respect de la convention 158¹¹, aura sérieusement entamé la légitimité dudit contrat dont l'ANI consacre l'arrêt de mort. Tirant toutes les conséquences de cette condamnation, la loi portant modernisation du marché du travail requalifie en CDI l'ensemble des CNE en cours (art 9).

2.2. *Statu quo* sur le licenciement pour motif économique

Dans les rapports précités, figure également une critique, parfois assez sévère, des règles de licenciement pour motif économique. Compte tenu de leur nombre et de leur complexité, ces règles seraient source d'incertitudes pour les employeurs. Ne pouvant pas prévoir le coût d'un licenciement pour motif économique (Blanchard, Tirolle, 2003), les employeurs privilégieraient en conséquence les embauches par contrat à durée déterminée et les licenciements pour motif personnel (Cahuc, Kramarz, 2004). Toujours selon ces rapports, les règles de licenciement pour motif économique permettraient, en outre, une immixtion intolérable du juge dans la gestion de l'entreprise (Camdessus, 2003). La jurisprudence de la Cour de cassation serait, à cet égard, hautement contestable : non seulement elle interdirait les licenciements pour motif économique décidés dans le but d'améliorer la compétitivité de l'entreprise mais surtout elle conduirait le juge à se substituer à l'employeur pour s'assurer que cette interdiction est bien respectée (Cahuc, Kramarz, *op. cit.*). Pour y remédier, les rapports proposaient une solution radicale : assujettir tous les contrats de travail à un seul et même

11. La convention 158 de l'OIT interdit qu'un salarié soit licencié sans qu'il existe un « motif valable ». L'OIT a également dénoncé la durée exagérément longue de la période au cours de laquelle ne s'appliquaient pas les règles du licenciement (2 ans).

régime de rupture, ne prévoyant aucun traitement particulier au licenciement pour motif économique.

On sait finalement quel sort l'accord national interprofessionnel a réservé au contrat de travail unique. Mais qu'a-t-il décidé s'agissant du licenciement pour motif économique ? Manifestement rien. L'absence de dispositions en la matière ne manque pas de surprendre surtout dans le contexte qui vient d'être rappelé. Comment faut-il l'interpréter ? On pourrait y voir une volonté de préserver les règles existantes : les partenaires sociaux auraient ainsi voulu montrer leur attachement au régime actuel du licenciement pour motif économique, tout comme ils l'ont fait au sujet des formes atypiques de contrat de travail.

Cette analyse est cependant peu probable. Il est difficile de croire que les représentants des employeurs sont aujourd'hui pleinement satisfaits des règles en vigueur et qu'ils n'aspirent aucunement à leur modification. Ce serait, de surcroît, oublier un peu vite que les partenaires sociaux n'étaient pas parvenus à s'entendre au cours de la négociation interprofessionnelle à laquelle le gouvernement les avait conviés en 2003 pour modifier les règles de licenciement collectif pour motif économique¹². Échec de négociations qui a conduit, faut-il le rappeler, à l'adoption de la loi de programmation de cohésion sociale du 18 janvier 2005, laquelle a substantiellement modifié le régime du licenciement pour motif économique¹³. Si l'accord national interprofessionnel opte donc pour le *statu quo*, c'est moins, en vérité, parce que les partenaires sociaux ont voulu préserver les règles en vigueur que parce qu'ils ne sont pas aujourd'hui en état de s'entendre pour les modifier. En somme, il traduit un consensus par défaut.

Si on lit attentivement l'accord national interprofessionnel, on peut y voir toutefois une allusion furtive au régime du licenciement pour motif économique. Le long article qu'il consacre à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), thème de négociation obligatoire dans les entreprises de plus de 300 salariés depuis la loi du 18 janvier 2005, dispose qu'« en tant que démarche globale d'anticipation, la GPEC doit être entièrement dissociée de la gestion des procédures de licenciements collectifs et des PSE (plans de sauvegarde de l'emploi) ». L'accord entend ainsi affirmer l'autonomie de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences – laquelle permet *d'anticiper les mutations*

12. La loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques invitait en effet les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national à négocier sur les procédures relatives à la prévention des licenciements économiques, les règles d'information et de consultation des représentants du personnel et les règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi.

13. Si la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 n'a pas modifié la définition du licenciement économique, elle a apporté, en revanche, plusieurs modifications importantes : elle a raccourci significativement les délais de la procédure en cas de licenciement collectif, en rétablissant la concomitance des livres IV et III ; elle a introduit l'obligation de négociation triennale sur la gestion prévisionnelle de l'emploi, dans les branches ou dans les entreprises d'au moins 300 salariés ; elle a pérennisé également les accords de méthode ; elle a prévu un droit au reclassement personnalisé dont la gestion et le coût se trouvent reportés sur la collectivité.

des métiers, des emplois et des compétences – par rapport aux licenciements collectifs pour motif économique qui n'interviennent qu'en cas de *restructurations destructrices d'emplois*. Ce faisant, il paraît condamner la tendance observée chez certains juges du fond consistant à faire de la négociation de la GPEC un préalable obligatoire à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi¹⁴. Mais on peut se demander s'il ne condamne pas aussi les accords, aujourd'hui en pleine expansion, qui permettent aux entreprises de procéder à des réductions d'effectifs en proposant aux salariés des mesures de GPEC (mobilité interne ou externe, temps partiel fin de carrière, aide aux départs, etc.)¹⁵. La négociation interprofessionnelle qui doit s'ouvrir prochainement sur ce thème fournira, on l'espère, plus de précisions.

2.3. La flexicurité « à la française » ou lorsque la sécurité change de camp !¹⁶

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 est souvent présenté comme posant les linéaments d'une flexicurité « à la française »¹⁷. Les partenaires sociaux auraient ainsi cherché à moderniser le marché du travail en s'inspirant du modèle européen de flexicurité¹⁸. Cette présentation n'est évidemment pas neutre pour l'analyse de l'accord. Elle laisse à penser que ce dernier se borne à offrir plus de flexibilité aux employeurs dans l'utilisation des contrats de travail et à proposer, en contrepartie, plus de sécurité aux salariés dans la gestion de leurs parcours professionnels. Une telle analyse n'est cependant pas convaincante. Prenons par exemple les dispositions que les représentants des employeurs considèrent comme des avancées majeures. Contrairement à ce que l'on pourrait penser à première vue, ces dispositions sont en réalité moins pourvoyeuses de flexibilité que de sécurité.

Pour les employeurs, le besoin de sécurité se fait principalement sentir contre les risques de contestation judiciaire de la rupture du contrat de

14. Sur cette tendance, voir P.-H. Antonmattéi, « GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires », *Droit social* 2007, p. 289 ; G. Bélier, « Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique (PSE) », *Revue de droit du travail* 2007, p. 284 ; P. Masanovic, « L'incidence nécessaire du régime de la GPEC sur le sort du licenciement économique », *Ibid.* p. 287 ; G. Bélier et S. Guedes da Costa, « GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes », *Semaine Sociale Lamy*, 22 janvier 2007, n°1291, p. 8.

15. Accord Thalès du 23 novembre 2006 relatif à l'anticipation de l'emploi, au développement professionnel et à la formation ; accord de méthode Carrefour du 20 avril 2006 sur les dispositifs d'accompagnement des restructurations ; accord Rhodia du 25 mars 2007 sur la gestion anticipée des métiers, des emplois et des compétences ; accord PSA Peugeot Citroën du 6 avril 2007 sur la GPEC.

16. Pour reprendre le titre d'un article d'Antoine Lyon-Caen et d'Hélène Masse-Dessen paru dans *Le Monde* du 13 février 2004.

17. G. Auzéro, « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une flexicurité à la française », *Revue de droit du travail*, n°3 mars 2008, p. 152 ; « La flexicurité à la française », *Semaine Sociale Lamy*, 21 janvier 2008, n°1337.

18. L'expression « à la française » viendrait toutefois utilement rappeler que, conformément à l'approche proposée par la Commission européenne (2007) et le Conseil (2007), les partenaires sociaux ne se sont pas ralliés à un modèle unique de marché du travail mais ont cherché à adapter des principes communs aux spécificités nationales.

travail. Il suppose donc de sécuriser la rupture du contrat de travail en limitant par différents moyens l'intervention du juge.

La loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 en a fourni deux exemples topiques. D'une part, elle a cherché à diminuer les hypothèses de conflit sur la procédure collective de licenciement pour motif économique en permettant aux organisations syndicales de salariés et à l'employeur d'en prévoir le contenu à travers les accords de méthode (types d'informations transmises, délais d'examen, nombre de réunions, recours à un expert comptable, etc.)¹⁹. D'autre part, elle a limité dans le temps la contestation judiciaire de la procédure collective comme du licenciement individuel pour motif économique²⁰.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 semble aller plus loin encore dans la sécurisation des employeurs contre les risques de contestation judiciaire de la rupture du contrat de travail. Cette ambition s'exprime surtout dans la deuxième partie de l'accord qui, contrairement à ce que son titre suggère (« Sécuriser les contrats et améliorer le retour à l'emploi ») sécurise moins les contrats que leur rupture potentielle (Verkindt, 2008). Parmi les mesures que l'on peut y trouver, plusieurs ont ainsi pour objet ou pour effet de placer la rupture du contrat de travail en dehors du droit du licenciement et, par voie de conséquence, du contrôle judiciaire qui lui est attaché : l'allongement des périodes d'essai (voir encadré), l'introduction de la « rupture conventionnelle » ; la création d'un contrat de projet à terme incertain. Les enjeux de la première mesure sont aisés à saisir. La négociation à cet égard s'est traduite par des concessions respectives de chacune des parties, le compromis aboutissant à restreindre les durées initialement visées par les organisations patronales mais à accroître les durées légales²¹. Les deux autres mesures méritent, quant à elles, que l'on s'interroge davantage sur leur sens et leur portée.

2.4. La rupture conventionnelle, une esquive du droit du licenciement ?

La « rupture conventionnelle » introduite par l'accord fait immédiatement penser au concept de « séparabilité » mis en avant par le Medef pour limiter les risques de contestation judiciaire de la rupture du contrat de travail.

19. Art. L. 1233-21 à 23 nouveaux du Code du travail.

20. Art. L. 1235-7 nouveau du Code du travail.

21. Outre la proposition d'allonger significativement les périodes d'essai, le patronat a avancé deux propositions additionnelles, l'une et l'autre successivement rejetées : d'une part, la fixation de leur durée au niveau interprofessionnel, d'autre part, l'aménagement d'une étape supplémentaire de validation économique avant que le salarié ne bénéficie pleinement des protections du contrat à durée indéterminée.

Avant de s'interroger sur la portée de la rupture conventionnelle²², il peut être utile de chiffrer le prétendu « risque contentieux » dont seraient victimes les employeurs. Entre 2001 et 2005, sur l'ensemble des demandes d'emploi enregistrées par l'ANPE²³, soit 5 355 000 en moyenne annuelle, le nombre de licenciements s'est élevé à 980 000 (soit 18,3 % des DEE) : 330 000 licenciements économiques (6,1 % des DEE) et 650 000 licenciements individuels (12,2 %). Plus de 80 % d'entre eux ne font l'objet d'aucun recours prud'homal (Dockès, 2008). Les procédures sont plutôt simples : un entretien accompagné d'une lettre précisant les motifs, et le coût quasi-nul sur les deux premières années. En cas d'action en justice, un peu plus d'une demande sur trois se conclut par une condamnation de l'employeur²⁴. Le taux de condamnation des employeurs est donc faible.

Saisi cette fois en dynamique, le contentieux prud'homal semble subir une baisse régulière en France sur la dernière décennie. Le taux de recours²⁵ contre les licenciements pour motif personnel est ainsi passé de 41 % en 1998 (pic des années quatre-vingt-dix) à 25,8 % en 2004 (Serverin et alii, 2008). Le taux de recours contre les licenciements économiques est quant à lui en légère hausse mais demeure très limité : de 2,2 % en 1998, celui-ci passe à 2,5 % en 2004. Seuls 3,5 % des recours concerne le licenciement économique. Les auteurs voient deux raisons essentielles à l'érosion tendancielle du contentieux : d'une part, le poids croissant des petites entreprises dans les dynamiques d'emploi (absence de délégués du personnel ou de représentation syndicale) ; d'autre part, la proportion croissante des salariés de faible ancienneté, dont l'intérêt à agir est d'autant plus faible qu'ils n'ont pas juridiquement accès aux indemnités de licenciement (Serverin et alii, *op.cit.*).

Le risque contentieux n'étant pas évident, sur quel type de situation est susceptible de mordre la « rupture conventionnelle » ? La démission ? Cela serait sans doute le meilleur moyen de sécuriser les trajectoires des salariés volontairement mobiles. Mais quel intérêt de signer – si l'on raisonne dans un cadre micro-économique étroit – pourrait alors avoir l'employeur tenu dans ce cas de verser une indemnité équivalente à celle du licenciement, plutôt que de contraindre le salarié à démissionner ?

S'agit-il de mordre sur le licenciement et, par voie de conséquence, sur le contrôle judiciaire qui lui est attaché ? L'accord prend bien garde de

22. Saluée par Laurence Parisot, comme ouvrant l'ère d'une « pacification des relations sociales », la rupture conventionnelle fait directement écho à la proposition, formulée dans le Livre blanc (Medef, 2007), de permettre la séparabilité du salarié et de l'employeur par consentement mutuel.

23. Annuaire statistique ANPE, édition 2006 (<http://www.anpe.fr/observatoire/IMG/xls/Annuaire2005.xls>). Ce chiffre ne tient compte que des personnes licenciées inscrites à l'ANPE. Il est donc sous-évalué.

24. Ce chiffre n'est qu'un ordre de grandeur déduit des études qualitatives réalisées sur le devenir des actions prud'homales (Munoz-Perez, Serverin, 2005).

25. Le taux de recours exprime l'ensemble des demandes nouvelles formées devant le Conseil de prud'hommes après rupture du contrat de travail, rapportées à l'ensemble des demandes d'emploi enregistrées par l'ANPE pour cause de licenciement.

préciser que la rupture conventionnelle ne doit pas « remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI », donc le licenciement. Il est également frappant de voir que l'accord présente la rupture conventionnelle comme si elle était nécessairement une solution initiée par les deux parties. Dans les faits, il y a pourtant fort à parier que cette solution sera majoritairement proposée par l'employeur. Cette hypocrisie sur le véritable auteur (bénéficiaire) de la rupture conventionnelle tombe d'ailleurs si l'on examine son régime. Comment ne pas observer en effet que les modalités d'encadrement prévues par l'accord (possibilité pour le salarié de se faire assister lors des discussions préalables, mise en place d'un formulaire type, exigence d'un accord écrit, droit de rétractation, homologation de la convention par le DDTE, recours prud'homal clarifié par la loi) évoquent clairement la situation d'un salarié à qui l'on demande de renoncer à son contrat de travail (Gaudu, *Ibid*). Le consentement mutuel participe ici d'un déséquilibre préalable. Si les partenaires sociaux ont mis en place un cadre collectif dont l'objet principal est de s'assurer de la réalité du consentement du salarié, c'est bien parce qu'ils ont admis que la rupture conventionnelle risque d'être proposée par l'employeur dans la grande majorité des cas. On imagine sans mal pourquoi cette configuration a des chances de s'imposer dans les faits : en proposant à un salarié de rompre le contrat par voie conventionnelle, l'employeur se soustrait au droit de licenciement. N'étant plus tenu de justifier la rupture par une cause réelle et sérieuse, il échappe alors au contrôle judiciaire afférent.

Mais alors sur quel type de licenciement risque de mordre la rupture conventionnelle ? Ce dispositif pourrait concurrencer aussi bien les « faux licenciements » où employeur et salarié optent conjointement pour le prononcé d'un licenciement doublé d'une transaction²⁶, que les « vrais licenciements », dans l'hypothèse où le salarié, ignorant en partie les garanties qui lui sont conférées, se laisse tenter par le versement de l'indemnité de rupture conventionnelle, au moins égale à celle de licenciement (à laquelle s'ajoute l'indemnisation du chômage) et effectué, on l'imagine, plus rapidement. Ce risque ne pèse pas que sur les seuls licenciements individuels comme on pouvait le penser à la lecture de l'accord. Car si les partenaires sociaux avaient pris la peine de prévoir que la rupture conventionnelle ne devait pas « porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise », le Parlement a fait disparaître cette restriction au moment de convertir l'accord en loi. Au cours de l'examen du projet de loi de modernisation du marché du travail par la commission mixte paritaire, un amendement a ainsi été accepté qui soustrait la rupture conventionnelle

26. Cette pratique est couramment utilisée pour organiser le départ des salariés hautement qualifiés : l'employeur et le salarié s'entendent pour mettre fin au contrat, mais pour permettre au salarié de prétendre à de substantielles indemnités tout comme au bénéfice du régime d'assurance chômage ainsi que pour assurer l'employeur qu'il n'y aura aucune contestation ultérieure, la rupture prend la forme d'un licenciement et s'accompagne de la conclusion d'une transaction.

au respect de la procédure de licenciement collectif pour motif économique²⁷. Cet amendement permet donc aux entreprises qui le souhaitent de mettre en place de véritables plans de départs volontaires sous la forme de rupture conventionnelle sans avoir à respecter les obligations qui sont les leurs en cas de projet de licenciement collectif (au premier rang desquelles vient l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi). Cette possibilité, que la Cour de cassation s'est toujours refusé à admettre²⁸, tranche radicalement avec le refus formulé par ailleurs de conclure des ruptures conventionnelles dans le cadre d'un accord de GPEC ou d'un PSE²⁹. N'y a-t-il pas là une contradiction ? À moins que ces deux dispositions ne révèlent en fin de compte le véritable projet assigné à la rupture conventionnelle : ouvrir une brèche dans le droit du licenciement pour motif économique en permettant son évitement. C'est pourtant un tout autre destin que l'on aurait pu offrir à la rupture conventionnelle. Dès lors que les partenaires entendaient encourager les mobilités externes comme mesure de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, n'aurait-il pas été plus judicieux de prévoir que ces mesures puissent relever du régime de la rupture conventionnelle ? Plutôt que d'apparaître comme un mode alternatif au licenciement pour motif économique comme c'est le cas aujourd'hui, la rupture conventionnelle aurait constitué un véritable élément de sécurisation des parcours professionnels des salariés licenciés pour motif économique.

Si la rupture conventionnelle n'est pas une nouveauté du droit du travail, l'absence d'encadrement de sa « négociation », le régime d'indemnisation et surtout l'exclusion de l'assurance chômage constituaient jusqu'à présent un frein à son développement. L'ANI, et désormais la loi, lui offrent indéniablement un cadre d'épanouissement.

2.5. Un nouveau contrat de travail dérogatoire au droit commun

Non seulement le projet de contrat unique est rejeté, mais l'accord entérine le dualisme contractuel en introduisant un nouveau CDD ciblé à rajouter à la longue liste de ceux créés par l'empilement successif des dispositifs de politique active de l'emploi, et dont l'un des derniers en date, le CDD senior, connaît un échec patent.

Introduit à titre expérimental pendant une période de cinq ans, le CDD à terme incertain pour la réalisation d'un objet défini (art. 12 b, repris par la loi) constitue la seconde mesure phare de l'accord en

27. Désormais l'article L. 1233-3, alinéa 2, du nouveau Code du travail dispose que les règles de licenciement collectif pour motif économique s'appliquent à toutes les ruptures pour motif économique, « à l'exclusion de la rupture conventionnelle (...) ».

28. De jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique est tenu de respecter les règles de licenciement collectif pour motif économique, *peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires* (arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1995, *Bulletin civil*, V, n° 68).

29. Art. L. 1237-16 du nouveau Code du travail.

matière de contrat de travail. À son origine : la proposition d'un « contrat de mission » que le Medef avance depuis l'accord de juin 2000 sur l'indemnisation du chômage, proposition reprise par le rapport Virville (2004) à laquelle l'organisation patronale s'est dit adhérer pour l'essentiel, et figurant dans les « 44 propositions de modernisation du Code du travail » (Medef, 2004). Pour autant, au fil de la négociation, la proposition originelle a fait l'objet de changements dont le principal est la qualification du contrat (Freyssinet, 2008). De CDI, ce dernier devient CDD³⁰. Pour les organisations syndicales, le CDD apparaît en effet plus avantageux en termes d'indemnité de rupture. Et surtout – on retrouve en cela l'ombre du CNE – les organisations syndicales ne souhaitent pas que l'on « touche » davantage au CDI en introduisant un contrat particulier au sein de la norme.

Qualifié de « monstre » par certains juristes (Roy-Loustaunau, 2008), le contrat ainsi créé déroge à un certain nombre de règles du CDD tout en empruntant au CDI, la cause réelle et sérieuse en cas de rupture. D'une durée minimum de 18 mois (ce qui est en principe la durée maximum du CDD) et maximum de 36 mois (sans possibilité de renouvellement), il est réservé aux cadres et aux ingénieurs et se voit subordonné à un accord de branche ou d'entreprise.

Contrairement aux règles de recours du CDD, réaffirmées dans l'article 1 de l'accord (« Le recours à ces contrats de travail (contrats temporaires) doit se faire de manière responsable dans le respect de leur objet et ne peut se justifier que pour faire face à des besoins momentanés de renfort, de transition et de remplacement objectivement identifiables »)³¹, la logique d'utilisation du nouveau contrat répond à des situations très ordinaires. Travailler sur projet ou en mission concerne la grande majorité des ingénieurs des sociétés de prestations (SSII, éditeurs de logiciels, sociétés de conseil en technologie). Or ce sont principalement les *jeunes* ingénieurs et cadres, dont ce type de sociétés constitue l'un des principaux sas d'entrée sur le marché du travail, qui seront massivement concernés. Autrement dit l'un des rares segments du marché du travail où les jeunes entraînent à coup sûr en CDI verra ses modalités de recrutement transformées à travers l'expérimentation de ce nouveau CDD. Certes long, certes protégé, certes indemnisé, mais échappant désormais à la norme pourtant rappelée en préambule par les signataires, un tel contrat ne risque-t-il pas de pénaliser l'accès au logement ou au crédit pour les jeunes qui se le verront « proposer » ? Par

30. La place que ce nouveau contrat occupe dans l'accord trahit toutefois son inspiration d'origine. Il figure en effet dans l'article consacré aux ruptures négociées. Preuve s'il en est que « ce contrat n'est pas envisagé comme un outil d'une gestion du personnel « ingénieurs et cadres » mais d'abord comme un instrument de préparation de la rupture de la relation de travail » (Verkindt, 2008).

31. Cette précision n'est pas reprise dans l'exposé des motifs de la loi, qui ne met plus l'accent que sur la dimension d'information des salariés : « ... les contrats à durée déterminée et contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire doivent faire l'objet d'une information renforcée du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel ».

ailleurs, l'ajustement de la durée du contrat à celle de la mission pose la question du temps de formation pour des salariés qualifiés tenus à une mise à niveau permanente de leurs compétences. La formation continue ou simplement la réflexion sur le métier au sein du collectif de travail s'opéraient le plus souvent sur le temps de l'inter-contrat. Une composante que l'accord réaffirmant par ailleurs les droits et les garanties en matière de formation, semble avoir occulté. Enfin, l'emprunt au CDI est de taille puisque la rupture est possible pour une cause réelle et sérieuse, tous les ans à la date anniversaire du contrat et non plus pour une faute grave du salarié ou un cas de force majeure. Autrement dit, le CDD perd ici l'une de ses garanties principales : sa solidité sur la durée du contrat.

2.6. Vers une « déjudiciarisation » de la rupture du contrat de travail ?

La volonté d'évitement du juge, qui se trouve au cœur des deux mesures qui viennent d'être étudiées, appelle plusieurs observations. En premier lieu, on peut s'interroger sur son bien fondé. L'intervention du juge n'est-elle pas intimement liée au caractère inégalitaire du rapport de travail ? Tout au long de l'exécution du contrat, le salarié est ainsi placé sous la subordination de l'employeur, qui a « le pouvoir de (lui) donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner (ses) manquements »³². L'employeur ayant, de ce fait, le pouvoir d'imposer ses décisions au salarié, ce dernier n'a pas d'autre alternative, s'il veut s'y opposer, que de les contester devant le juge compétent. Si l'intervention du juge est aussi importante en droit du travail, c'est donc parce qu'elle constitue la contrepartie aussi évidente que fondamentale du pouvoir de direction de l'employeur.

Certaines expériences récentes montrent, de surcroît, qu'il est vain de vouloir faire disparaître toute intervention du juge. Le contrat « nouvelles embauches » en fournit la meilleure preuve : l'absence de motivation de la rupture n'a pas empêché, loin s'en faut, les salariés de la contester par d'autres moyens³³. Preuve s'il en est que le contrôle judiciaire trouve toujours le moyen de ressurgir là où on croyait l'avoir chassé définitivement. Tout porte à croire que les dispositifs mis en place par l'accord national interprofessionnel connaîtront le même destin. S'ils risquent bien de soustraire nombre de ruptures au droit du licenciement, ils ne parviendront certainement pas à écarter tout contrôle du juge. Sans trop s'avancer, on peut pronostiquer qu'à chaque fois un nouveau type de contrôle judiciaire va remplacer le défunt contrôle judiciaire du

32. Arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1996 (*Droit social*, décembre 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux).

33. F. Guiomard, E. Serverin, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *Revue de droit du travail*, n° 9 septembre 2007, p. 502-512.

licenciement : contrôle de la finalité de la période d'essai, contrôle des conditions de validité de la rupture conventionnelle, contrôle des conditions de conclusion du contrat à durée déterminée.

Enfin, quand elle ne conduit pas à des résultats parfois surprenants³⁴, la volonté d'évitement du juge est souvent peu efficace. L'accord national interprofessionnel en fournit une très belle illustration. Comme on vient de le voir, cet accord introduit plusieurs dispositifs alternatifs au licenciement dans le but de sécuriser la rupture du contrat de travail. Or, force est de constater que ces dispositions ne sont pas plus simples, ni plus claires que celles issues du droit du licenciement. Nombre d'entre elles paraissent même sources d'incertitudes tant elles suscitent des interrogations sur leur contenu. C'est le cas notamment des dispositions sur la rupture conventionnelle. Elles prévoient un système d'homologation de la convention de rupture et des modalités de sa conclusion par la Direction départementale du travail. Pour éviter que la compétence ainsi donnée à l'autorité administrative entraîne une dispersion du contentieux, elles instituent toutefois un « bloc de compétence » au profit du Conseil de prud'hommes. Ainsi, « tout litige concernant la convention de rupture, la demande d'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du Conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif ». Si le risque d'un double contentieux, administratif d'un côté, judiciaire de l'autre, semble ainsi écarté, plusieurs questions restent en suspens : quelle sera la nature du contrôle exercé par l'administration du travail ? Sera-t-il purement formel ou nettement plus approfondi ? Quelle sera, par ailleurs, la nature du contrôle exercé par le Conseil de prud'hommes sur l'homologation ? Le Conseil de prud'hommes sera-t-il lié par l'appréciation de l'administration du travail ou pourra-t-il aller au-delà ? Si l'homologation n'est pas donnée ou si elle est remise en cause par le juge judiciaire, quelle conséquence cela aura-t-il sur la rupture conventionnelle ? Sera-t-elle nulle ou seulement privée de sa conséquence la plus attrayante, le bénéfice des indemnités de l'allocation-chômage ? Autant de questions qui nécessiteront l'intervention d'un juge puisque, ni les partenaires sociaux, ni le législateur n'y ont apporté de réponses ? Paradoxalement, alors qu'elles sont censées sécuriser la rupture conventionnelle en diminuant le risque de contestation judiciaire, ces dispositions pourraient donc bien être la source de nouveaux risques juridiques (Favennec-Héry, 2008 b). Autre chose est de savoir si ces nouveaux risques se traduiront par du contentieux effectif.

34. On songe notamment au choix de confier à l'administration du travail le soin d'homologuer la rupture conventionnelle. Il suffit de se rappeler l'insistance avec laquelle le patronat a lutté contre l'autorisation administrative de licencier pour prendre conscience du paradoxe qui le conduit, plus de 20 ans après, à préférer l'administration du travail au juge prud'homal (les représentants des salariés demandaient en effet que la rupture conventionnelle fasse l'objet d'une homologation par le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes).

3. Conclusion

Par sa focalisation excessive sur le contrat de travail, cet accord sur la modernisation du marché du travail a fait passer au second plan la problématique de la sécurisation des parcours professionnels qui implique la prise en compte de la diversité des mobilités, aussi bien des salariés en emploi que des demandeurs d'emploi. La qualité du Service public de l'emploi, dont la réforme partielle s'est opérée en marge de l'accord, l'efficacité des dispositifs de formation professionnelle, l'importance des mécanismes de garantie collective de revenus en cas de perte d'emploi sont autant d'outils nécessaires à tout projet s'inscrivant dans une perspective de sécurisation des parcours.

Cette insistance sur la dimension juridique du contrat de travail trouve aisément son explication. Elle est en premier lieu le reflet du positionnement des organisations syndicales dans le processus de négociation de l'accord. Il est clair que le contenu thématique de l'ANI a été largement conditionné par les propositions émanant des organisations patronales, conduisant de fait les centrales syndicales à se situer sur le terrain patronal, sur un mode essentiellement défensif. À aucun moment, ces dernières ne sont parvenues à faire valoir des revendications unifiées en matière de sécurisation des parcours professionnels qui aurait pu modifier l'équilibre général de l'accord. Au-delà des conditions concrètes de la négociation, inscrire cette thématique dans le fait contractuel relève d'un exercice nouveau et particulièrement complexe. Si des travaux d'horizons divers soulignent la nécessité de repenser la relation de travail à l'aune d'un nouveau paradigme transférant vers la personne les droits sociaux aujourd'hui adossés à l'emploi, de nombreux points d'interrogations subsistent encore pour assurer la concrétisation de ce projet. Des incertitudes fortes demeurent à la fois sur les modes de financement ainsi que sur les acteurs susceptibles d'organiser ces nouveaux droits. Reste que si l'on souhaite inscrire les politiques d'emploi et de protection sociale dans une dynamique de transition et de sécurisation des trajectoires professionnelles, l'accord ne constitue qu'un premier pas. Il nécessitera d'être complété par de nouvelles négociations qui devront se montrer plus ambitieuses non seulement sur le terrain des droits sociaux attachés à la personne mais également sur celui de la mise en place d'un Service public de l'emploi et de la formation professionnelle au service de la mobilité professionnelle des salariés actifs.

Donnant des gages timides en matière de sécurisation des parcours, l'accord a, en revanche, ouvert une brèche dans la stabilité de l'emploi par ailleurs réaffirmée comme norme. La dimension paradoxale de l'accord ne s'arrête pas là. Tout porte à croire en effet que la recherche d'une « déjudiciarisation » de la rupture du contrat de travail conduise, vu les nouveaux dispositifs contractuels adoptés, à une augmentation des risques juridiques pour les entreprises. Ce qui n'était manifestement pas l'objectif de départ.

Références bibliographiques

- AUZÉRO G., 2008 : « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une flexicurité à la française », *Revue de droit du travail*, n° 3 mars, pp. 152-161.
- BLANCHARD O. et J. TIROLE, 2003 : *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Conseil d'analyse économique, octobre.
- BRUNHES B., 2008 : « La réforme du dialogue social : les petits pas avant les mutations en profondeur ? », *Droit social*, N°4, avril.
- Commission des communautés européennes, 2007 : *Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, Bruxelles, COM (2007) 359.
- Conseil de l'Union européenne, 2007 : *Vers des principes communs de flexicurité*, Bruxelles, 16201/07, 5 et 6 décembre.
- CEE, 2008 : « Les politiques des entreprises en matière de certification et l'utilisation de la validation des acquis de l'expérience » (CEE, CEREQ, IRES), rapport de recherche du CEE, mai 2008.
- CES, 2007 : Avis sur la « sécurisation des parcours professionnels » adopté par le Conseil économique et social le 30 mai 2007.
- CAHUC P. et F. KRAMARZ, 2004 : *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale.
- CAMDESSUS M., 2004 : *Les freins à la croissance économique en France*, au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Rapport au Ministre*, octobre.
- DOCKÈS E., 2008 : « Un accord donnant, donnant, donnant, donnant », *Droit social*, 3 mars, pp. 280-287.
- FAVENNEC-HÉRY F., 2008 a : Le nouveau régime de la rupture conventionnelle du contrat de travail, *Semaine Sociale Lamy*, 21 janvier 2008, n°1337, p. 3.
- FAVENNEC-HÉRY F., 2008 b : La rupture conventionnelle, mesure phare de l'accord, *Droit social*, n° 3, mars, pp. 311-315
- FREYSSINET J., 2008 : « L'accord du 11 janvier 2008, un avenir incertain », *Revue de l'Ires*, n° 54, 2007/2, pp. 3-39.
- GAUDU F., 2008 : « L'accord sur la "modernisation du droit du travail" : érosion ou refondation du droit du travail ? », *Droit social*, n° 3, mars, pp. 267-271.
- GUIOMARD F. et SERVERIN E., 2007 : « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *Revue de droit du travail*, n° 9 septembre, pp. 502-512

- IGAS, 2008 : « Évaluation du service rendu par les organismes collecteurs agréés (OPCA, OPACIF, FAF) », rapport de synthèse, mars.
- IRES, 2008 : Numéro spécial « La validation des acquis de l'expérience entre dans les mœurs », n°55, 2007/3.
- LUTTRINGER J.-M. et J.-P. WILLEMS, 2008 : « L'accord et la réforme du système de formation professionnelle », *Droit social*, n°3, mars, pp. 329-345.
- MEDEF, 2004 : *Moderniser le Code du travail. Les 44 propositions du MEDEF*, Paris.
- MEDEF (sous la direction de Laurence Parisot), 2007 : *Besoin d'air*, Paris, Seuil.
- MUNOZ-PEREZ B. et E. SERVERIN, 2005 : « Le droit du travail en perspective contentieuse. 1993 à 2003 », Rapport du ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau.
- ROY-LOUSTAUNAU C., 2008 : « Le nouveau CDD, un... mauvais projet », *Droit social*, n° 3, mars , pp. 307-311.
- SAUZE D., 2006 : *Le recours aux contrats de travail à durée déterminée en France : Une analyse sur données d'entreprises (1985-2000)*, Thèse pour le Doctorat de sciences économiques, Paris 1, 13 décembre.
- SERVERIN E., J. VALENTIN, T. KIRAT, D. SAUZE et R. DALMASSO, 2008 : « Évaluer la protection de l'emploi à travers la mise en œuvre du droit du travail », article issu d'une contribution des auteurs au rapport *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*, Institut International pour les Etudes Comparatives – Dares, février 2008, doc. Roneo, mai.
- TUCHSZIRER C., 2008 : « Indemnisation et accompagnement des chômeurs : une articulation à reconsidérer », *Connaissance de l'emploi*, CEE, février.
- VERKINDT P.-Y., 2008 : « Brèves et intempêtes remarques sur l'accord sur la modernisation du marché du travail », *La semaine juridique, Edition sociale*, n°7, act. 76.
- VIRVILLE M. de, 2004 : *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, de l'Emploi et de la Solidarité, janvier, Paris, La Documentation française.