

**Le risque de la flexibilité  
Une tendance de fond du marché de l'emploi ?**

**Pour Bernard Gomel, le marché de l'emploi en général est confronté à un risque d'individualisation de la relation d'emploi. Même si les tentatives directes pour flexibiliser le CDI se sont soldées par des échecs (CNE, CPE), les nouvelles modalités de rupture de la relation de travail tendent à supprimer, à alléger ou à contourner la protection des travailleurs et plus généralement à transférer les risques de l'employeur vers le professionnel concerné.**

**Bernard Gomel est chargé de recherche au CNRS, détaché au Centre d'Etudes de l'Emploi. Il est auteur avec, entre autres, Dominique Meda et Evelyne Serverin de « l'emploi en ruptures » (éditions Dalloz, 2009)**

A l'occasion d'un travail collectif récent (2008-2009) consacré à un examen de l'évolution des pratiques de ruptures du contrat de travail<sup>1</sup> dans un contexte marqué par l'accélération des destructions d'emplois, nous avons intégré dans notre analyse les nouveautés issues de l'ANI de « modernisation du marché du travail » du 11 janvier 2008 et transposées dans la loi du 25 juin 2008.

Dans ce travail collectif, Aurianne Cothenet s'est intéressée au contrat de portage salarial présenté dans l'ANI du 11 janvier 2008 comme un « besoin social », celui du « retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment les seniors » (article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008). Pour elle, ce contrat est plutôt une des « formes de travail à durée déterminée,

*intermittente ou modulée qui ont ceci en commun qu'elles permettent de n'employer un travailleur qu'autant qu'existe un besoin de main-d'œuvre* ». C'est cet objectif commun que notre travail met en évidence dans un ensemble d'évolutions actuelles du droit du travail qui conduisent à de nouvelles modalités de rupture comme le CNE, le CPE, la rupture conventionnelle pour le CDI et le CDD à objet défini.

### **De multiples tentatives pour flexibiliser le CDI**

La création par ordonnance en juin 2005 du contrat nouvelles embauches (CNE) a ouvert une nouvelle actualité à la vieille revendication patronale d'alléger les contraintes juridiques qui pèsent sur les entreprises, avec en particulier la possibilité pour le chef d'entreprise de rompre immédiatement et sans motivation un contrat de travail. Ses promoteurs en ont conscience, comme l'écrivait Bruno Le Maire qui allait être le directeur de cabinet du premier ministre Dominique de Villepin : « [...] *reste la question épineuse du droit du travail. Simplifier l'embauche et le licenciement pour assouplir le marché du travail, depuis des années, nous tournons autour de cette idée sans oser la mettre en œuvre, il me semble indispensable d'essayer, ne serait-ce que pour une partie des embauches. Notre équipe travaille donc à une nouvelle forme de contrat de travail qui autoriserait une rupture sans motivation* »<sup>2</sup> Le CNE est présenté par le nouveau premier ministre Dominique de Villepin comme une réponse à la nécessité pour les petites entreprises (le CNE sera réservé aux entreprises de plus de 10 salariés en équivalent temps plein) de tester un nouveau poste de travail le temps qu'elles puissent connaître sa validité, sa durabilité. C'est pourquoi un délai de deux années leur est accordé avant que le contrat de travail du salarié ne soit transformé en CDI de droit commun.

En réalité, les enquêtes de la Dares auprès d'entreprises et les monographies du CEE auprès de salariés ont rapidement montré que les entreprises ont massivement utilisé le CNE pour tester non pas les nouveaux postes (un usage du CNE qui va s'avérer peu fréquent) mais bien les compétences des personnes embauchées. C'est la raison

importante ou très importante de huit recours au CNE sur 102. Quant à l'incitation à l'embauche, les chefs des petites entreprises déclarent, dans près de sept cas sur 10, que si le CNE n'avait pas existé, ils auraient embauché à la même date. Moins d'une fois sur dix, ils n'auraient pas réalisé l'embauche en l'absence du CNE, alors que la confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME) estimait en 2005 que le CNE répondait à une attente des PME. Quant aux salariés recrutés en mai - juin 2006 en CNE et interrogés un an plus tard<sup>3</sup>, ils témoignent que la pression qu'un tel type de contrat permet d'exercer sur le salarié est très forte, qu'elle conduit à de nombreux cas de dégradation de la relation de travail, suivis de licenciements et de nombreuses démissions brusques, sans solution de secours pour le salarié. De plus, l'accompagnement renforcé spécifique par l'ANPE n'a pas été mis en place (le prélèvement d'une contribution obligatoire de 2 % pour son financement non plus) et l'indemnité spécifique de rupture de 8 % rarement versée aux salariés.

Le CNE a été condamné par l'OIT à cause de l'absence de motivation de la rupture et de la longueur excessive de la période de consolidation et abandonné. Quant au contrat première embauche (CPE), une déclinaison du CNE pour les jeunes et ouverte aux grandes entreprises, il a été promulgué mais retiré immédiatement.

Cette voie de flexibilisation du CDI ayant été fermée, les mêmes revendications patronales vont à nouveau être présentées, et en particulier lors de la négociation sur la modernisation du marché du travail qui allait aboutir à l'accord du 11 janvier 2011 entériné par la loi du 25 juin 2008.

Nous présentions ainsi le caractère central du régime de la rupture du contrat de travail : « *Au sein de la réglementation du contrat de travail, le régime de la rupture occupe une place centrale, révélatrice de l'évolution des dynamiques du travail salarié dans le cadre productif : partie d'un encadrement du licenciement destiné à protéger l'ouvrier contre l'arbitraire patronal, la législation a introduit une diversité des modes de rupture, puis s'est orientée, au cours de la période récente, vers la multiplication des mesures d'accompagnement des licenciements* »<sup>4</sup>

Les nouvelles modalités de rupture de la relation de travail tendent à supprimer, à alléger ou à contourner la protection des travailleurs. Il s'agit par exemple de fixer sans ambiguïté la fin du contrat de travail au moment même où il commence, à une date donnée ou à la survenue d'un évènement comme une fin de chantier, élargi depuis l'ANI de 2008 aux fins de mission pour les cadres. De même, le succès quantitatif des ruptures conventionnelles qui facilitent les ruptures de CDI en pleine crise de l'emploi est ambigu. Même si la rupture conventionnelle est bien signée conjointement par le salarié et son employeur, son recours ne dit rien des situations qui conduisent à son acceptation par le salarié. Seules les enquêtes en cours au CEE et à la Dares permettront de le savoir, en l'absence de contestations auprès du juge, pratiquement impossible à motiver.

### **Transférer les risques de l'entreprise au salarié**

Les pouvoirs publics français mettent ainsi en œuvre depuis plusieurs années des réformes qui visent à alléger l'encadrement du licenciement des salariés embauchés en contrat à durée indéterminée (CDI), considéré depuis les années 1990 comme participant des « rigidités du marché du travail » (OCDE) responsables de freiner les créations d'emploi et de ralentir l'adaptation économique des entreprises, comme l'expliquent tout un courant d'économistes<sup>5</sup>. Leurs propositions vont être souvent reprises ou discutées : créer un contrat unique qui se substituerait à la coexistence du CDI et du CDD responsable d'un « système de protection dual » ou bien élargir les possibilités de recours aux CDD ou au travail intérimaire ; assouplir les conditions de licenciement pour motif économique en simplifiant les procédures ou bien en échangeant une taxation sur les licenciements contre une éviction du juge ; allonger la période d'essai ...

***Ces nouveautés conduisent à un transfert de risques de l'entreprise au salarié et aux assurances sociales.***

Ces nouveautés conduisent à un transfert de risques de l'entreprise au salarié et aux assurances sociales, en organisant l'intermittence du travail et du chômage selon les besoins de l'employeur, qui échappe également

à la responsabilité du reclassement du salarié. Lorsqu'un accompagnement est mis en place pour que le salarié retrouve plus rapidement un emploi, il est pris en charge par le service public de l'emploi, directement ou à travers des prestataires publics et privés. Ainsi, l'objectif popularisé par le rapport Cahuc – Kramarz 2004<sup>6</sup>, de passer de la protection de l'emploi à celle de la personne au travail, se met progressivement en place, comme s'il fallait choisir sous couvert de « sécurité sociale professionnelle ». Les mécanismes de protection de l'emploi sont vus comme autant d'obstacles à l'ajustement permanent des effectifs nécessaire au bon fonctionnement du processus naturel de « destruction créatrice » d'emplois, vital pour l'économie. La proposition globale du contrat de travail unique du rapport Cahuc - Kramartz (contrat à durée indéterminée et motivation de la rupture du contrat de travail) n'a pas été reprise mais ses objectifs principaux ont été poursuivis par d'autres voies. Ainsi, la volonté de dégager l'entreprise de toute obligation de reclassement en cas de rupture du contrat de travail, de faire prendre en charge son accompagnement par le service public de l'emploi va se retrouver dans le CNE et le CPE. De même qu'il est estimé dans ces mesures que le paiement par l'entreprise de la contribution de solidarité aux pouvoirs publics et le respect de la procédure de licenciement constituent « *des critères suffisants pour juger si un licenciement dont le motif est économique repose sur une cause réelle et sérieuse* ».

Cette volonté d'écarter le juge du contrôle des conditions de rupture du contrat de travail est également très présente dans la création de la rupture conventionnelle, comme si le juge risquait toujours de s'immiscer dans la décision de rupture. Pourtant, depuis l'arrêt Brinon de 1956, le chef d'entreprise est considéré comme seul juge des circonstances qui le déterminent à réduire, reconverter ou cesser son activité. Plus récemment (arrêt du 8 juillet 2009), la cour de cassation a considéré qu'en matière de licenciement économique consécutif à une réorganisation, le juge « ne peut se substituer à l'employeur quant au choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation ». Et le conseil constitutionnel veille à protéger la liberté de licencier de l'employeur au nom de la liberté d'entreprendre. Il a ainsi rejeté des dispositions de la loi de

modernisation sociale de janvier 2002 au motif que, en ne permettant « à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause (...), le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ».

### **Un processus général d'individualisation de la relation d'emploi**

Les nouveaux dispositifs d'accompagnement des licenciements – et singulièrement des licenciements collectifs suite à des fermetures d'entreprises – ne permettent manifestement pas de retrouver un emploi pour remplacer celui qu'on a laissé disparaître au nom de la destruction créatrice des emplois. On a bien vu la destruction d'emploi – et la crise économique commencée fin 2008 s'en est largement chargée – mais faut-il croire qu'il s'agissait d'emplois dépassés, de mauvaise qualité ou encore

***Ces différentes évolutions participent chacune à leur manière à un processus général d'individualisation de la relation d'emploi, qui rend progressivement antagonistes la protection de l'emploi et la protection de la personne au travail, deux combats qui étaient jusque-là intimement liés.***

inadaptés à « l'économie de la connaissance », le nom donné au moteur invisible du renouvellement permanent des emplois de plus en plus exigeants en termes de qualifications professionnelles et de compétences personnelles ? Pourtant, une étude prospective de la Dares estime au contraire que le développement indéniable d'emplois qualifiés s'accompagne

de la création de nouveaux emplois peu qualifiés, souvent à temps partiel et précaires, et particulièrement dans les services à domicile. A l'économie de la connaissance, faut-il ajouter une « économie du *care* » et ses emplois bas de gamme ?

Ces différentes évolutions participent chacune à leur manière à un processus général d'individualisation de la relation d'emploi, qui rend progressivement antagonistes la protection de l'emploi et la protection de la personne au travail, deux combats qui étaient jusque-là intimement liés. En effet, même lorsque ces évolutions satisfont aux intérêts du salarié confronté à la perte de son emploi (et

c'est le cas de la rupture conventionnelle) puis à l'impossibilité pratique d'en retrouver un (contrat de portage et auto-entreprenariat), elles n'en participent pas moins au désarmement général des acteurs de l'emploi. Quels leviers reste-t-il à la disposition des acteurs de l'emploi, dans le cadre notamment de l'objectif européen de « plein emploi dans la pleine activité » ?

Ces évolutions sont portées ou légalisées par les pouvoirs publics ; ne peut-on pas parler d'aide publique à la destruction d'emplois ? Aujourd'hui, l'emploi est encore et toujours la première préoccupation que les Français renvoient aux responsables politiques, alors qu'il ne reste à la puissance publique que la possibilité de financer et d'organiser non pas la protection de l'emploi mais l'accompagnement et la reconversion des salariés. Et il ne reste plus au salarié qu'à faire payer le plus cher possible la destruction de son emploi, en contrepartie d'années de bas salaires et du temps qu'il lui faudra pour retrouver un emploi qui lui assure les mêmes revenus ou pour atteindre l'âge de la retraite.

1. B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir.), 2009, *L'emploi en ruptures*, Dalloz.

2. B. Le Maire, 2007, *Des hommes d'Etat*, Grasset.

3. L. Berné, B. Junod, C. Lagarenne et C. Minni « *Contrat nouvelles embauches. Enquête monographique auprès de salariés recrutés en mai-juin 2006 en CE, CDD ou CDI* », rapport de recherche, CEE, 2008, n°42.

4. R. Dalmasso, B. Gomel, D.Méda et N. Schmidt, « *Contrat nouvelles embauches. Enquête monographique auprès de salariés recrutés en mai - juin 2006 en CNE, CDD ou CDI* », rapport de recherche, CEE, 2008, n°42.

5. O. Blanchard, J. Tirole, 2003, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française.

6. P. Cahuc, F. Kramarz, 2004, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, aux ministres chargés de l'économie et de l'emploi*, La Documentation française.