



HAL
open science

Flexibilité et sécurité : le droit social français en quête de nouveaux équilibres

Philippe Martin

► **To cite this version:**

Philippe Martin. Flexibilité et sécurité : le droit social français en quête de nouveaux équilibres. Philippe Auvergnon (dir.). *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, Presses universitaires de Bordeaux, pp.197-227, 2009. halshs-00822375

HAL Id: halshs-00822375

<https://shs.hal.science/halshs-00822375>

Submitted on 14 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Flexibilité et sécurité. Le droit social français en quête de nouveaux équilibres

Philippe MARTIN

CNRS-COMPTRASEC, Université Montesquieu Bordeaux IV

« Flexisécurité », « modernisation du droit du travail » ou du marché du travail, les termes de ce débat largement engagé au niveau européen ne manquent pas de placer le juriste dans une position délicate. Le droit, et en particulier le droit du travail, y fait office de superstructure – il exprime un ordre économique, le fordisme, réputé en voie de disparition – et se voit en général appréhendé dans une dimension purement instrumentale et traité comme une variable d’ajustement du marché. Y est notamment mise en question la place centrale de la figure du contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée et du « statut » protecteur qui en découle; on discute des effets de ce statut, en particulier des protections contre le licenciement, en termes de rigidité du marché, de capacités de mobilité des salariés ; est aussi dans le débat la question du coût et de la répartition de la charge de « l’externalisation » de la main d’oeuvre. En somme, on y voit la marque de l’influence qu’exerce aujourd’hui l’analyse économique du droit.

Bien entendu, les juristes peuvent repousser cette perspective et continuer d’analyser le droit social « de l’intérieur », du point de vue de la dogmatique juridique, cherchant la meilleure compatibilité des normes et des différentes sources de droit entre elles. D’un autre côté, le thème de la flexisécurité constitue un enjeu pour la doctrine juridique qui peut saisir l’opportunité d’entrer dans un débat sur les fonctions du droit social (on entendra ici le droit du travail et de la sécurité sociale) au regard d’une question politique et sociale aujourd’hui cruciale : comment garantir une sécurité professionnelle et sociale dans un marché du travail considérablement plus flexible que par le passé ?

Poser le problème en ces termes suppose cependant, ou présuppose qu’on accepte le triomphe de la flexibilité de l’emploi, ce qui, pour certains, signifie l’échec du droit du travail « moderne ». C’est pourquoi dans un sens, le débat sur la flexisécurité se présente comme un débat entre modernes et postmodernes. Cette dernière posture semble bien être celle de la Commission européenne qui, dans son Livre Vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », place au centre de son argumentation le concept d’*équité* entre les travailleurs. Dans l’esprit de la Commission, l’échec du droit du travail, s’il s’agit de cela, ne provient pas de l’impossibilité de maintenir l’emploi stable fordiste, mais du fait qu’il garantit une protection et une sécurité très forte pour certaines catégories de travailleurs tout en laissant les autres – ceux du deuxième ou du troisième cercle de l’emploi – dans la précarité¹. L’argument n’est pas nouveau et le thème du caractère inéquitable du droit du travail est discuté chez les juristes du travail européens, au moins depuis les travaux de P. Ichino qui

¹ On pense ici à la théorie “*insiders/outsiders*” à laquelle se réfère le rapport Kok de 2003, reprise par le Livre Vert “Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle”, adopté par la Commission européenne le 22-11-2006.

sont emblématiques de cette analyse économique du droit du travail sur laquelle se fonde aujourd'hui le débat de la flexisécurité².

On peut néanmoins estimer que les travaux et les documents de l'Union européenne sur le sujet ne reflètent guère la dimension polémique du débat. Ces documents apparaissent plutôt comme des tentatives de faire émerger un consensus sur une stratégie qui conjugue une meilleure compétitivité économique et une bonne protection sociale. C'est sans doute la raison pour laquelle le concept de flexisécurité, tel qu'il est manié dans le Livre Vert, demeure pour le moins imprécis. On sait pourtant que ce concept est inspiré d'expériences nationales très concrètes, notamment au Danemark et aux Pays Bas. En substance, ce qui caractérise les politiques de flexisécurité, c'est : sur le terrain du droit du travail, une flexibilité des conditions d'emploi, c'est-à-dire d'embauche et de licenciement ; sur le terrain de la protection sociale, un niveau relativement élevé de prestations, notamment en cas de chômage, de manière à assurer la prise en charge de la transition entre deux emplois ; sur le terrain des politiques de l'emploi et de formation tout au long de la vie, une activation des dispositifs d'insertion professionnelle, dans le but de réduire le délai entre la perte d'un emploi et une nouvelle embauche³. Le cas danois est particulièrement emblématique de cette approche combinée.

On observe donc que les politiques de flexisécurité impliquent une reconfiguration des domaines respectifs du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et des politiques de l'emploi. Dans le cas français, le système juridique assume traditionnellement une fonction de protection de l'emploi salarié grâce à une législation assez rigide et coercitive en matière de licenciements (du moins au plan formel), notamment pour ce qui est des licenciements pour motif économique. La protection sociale française, quant à elle, a été globalement conçue comme un dispositif d'indemnisation dans divers cas de « sortie de l'emploi », qu'il s'agisse de sortie temporaire ou définitive. Le présent article présentera de manière assez schématique ce qu'on peut appeler la configuration *typique* du droit social français et la manière dont y sont articulés l'emploi et la protection sociale. On tentera de montrer comment, dans cette configuration, a été traitée jusqu'ici la tension entre stabilité et flexibilité de l'emploi, d'une part et la problématique sécurité/insécurité sociale de l'autre. On examinera ensuite les changements significatifs qui sont survenus dans la période récente et qui constituent les prémisses d'une reconfiguration de la protection traditionnelle assumée par les dispositifs du droit social, sous l'influence des thèmes de la flexisécurité et de la modernisation du marché du travail. On se questionnera finalement sur le sens à donner à l'idée d'une « flexisécurité à la française ».

1. Fonctions et configuration typiques du droit social français

Il s'agit ici de décrire la configuration du droit social "moderne" tel qu'il s'est progressivement élaboré durant la première partie du XX^e siècle et cristallisé dans les années d'après-guerre, avec la généralisation de l'emploi fordiste. Certes, dans cette période, le droit social s'est scindé en deux branches distinctes – droit du travail et droit de la sécurité sociale – mais on peut considérer que cette distinction n'a pas ruiné l'unité de la notion de droit social

² P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

³ Cette définition peut sembler étroite. Certains auteurs tentent aujourd'hui de promouvoir une définition plus large qui inclut les actions conjointes des entreprises, des partenaires sociaux et des pouvoirs publics locaux pour assurer les transitions professionnelles de la main d'œuvre. V. notam. B. Gazier, "Restructurations et reclassements: vers une redéfinition des responsabilités", *Droit social*, n° 3/2007, p. 259.

tant que ces deux branches du droit ont convergé pour structurer ce qu'on appelle communément le statut salarial conjuguant protection du travailleur contre les risques de la subordination et protection contre les risques de l'existence⁴. Dans le contexte de plein emploi organisé principalement sur la base des activités d'un réseau de grandes entreprises⁵, le droit du travail français, comme dans de nombreux pays, a assumé une fonction de normalisation de l'emploi stable, tandis que le droit de la sécurité sociale remplissait son rôle d'assurance contre les risques de la société industrielle.

A. Le droit du travail comme cadre normatif de l'emploi stable

Trois éléments (parmi d'autres) peuvent illustrer cette assertion.

1. La règle du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise

Cette règle est contenue dans l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail qui prévoit le maintien des contrats de travail en cours en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (hypothèse du transfert d'entreprise au sens de l'actuelle directive communautaire 2001/23 du 12 mars 2001). Elle provient d'une loi de 1928 qui, sur le plan de la logique juridique, manifesta fortement l'autonomie du droit du travail par rapport au droit civil. Elle introduit en effet une exception notable au principe de l'effet relatif des conventions qui aurait commandé que la relation de travail prenne fin lorsque l'employeur cède ou transfère son entreprise à un autre entrepreneur. La Cour de Cassation française devait d'ailleurs pleinement prendre la mesure de cette volonté du législateur de rompre avec le droit commun des contrats en matière de relations de travail. Dans une fameuse décision de 1934⁶, elle interpréta la disposition légale en cause comme une volonté de stabiliser l'emploi. A partir de là et pendant une cinquantaine d'années, la jurisprudence de la Cour fut systématiquement en faveur d'une interprétation très extensive du critère du changement dans la situation juridique de l'employeur (de la notion de transfert d'entreprise au sens de l'actuelle directive européenne). La fin justifiant les moyens, la Cour imposa largement l'application du texte, y compris dans des situations de type triangulaire dans lesquelles se succèdent sur un même marché plusieurs prestataires de services pour un donneur d'ordre. Au risque de tordre les relations de concurrence entre entreprises, le juge estimait alors que le maintien de l'emploi (auprès du nouvel employeur) constituait une raison impérieuse. Un coup d'arrêt fut cependant donné à cette jurisprudence avec les spectaculaires revirements qu'opéra la Cour de Cassation en 1985 et en 1986. A ce moment, le Tribunal suprême français introduisit des critères plus restrictifs, notamment appelés à jouer dans les cas de successions de prestataires de services sur un même marché. Depuis 1990, les tribunaux français tentent d'harmoniser leurs solutions avec la jurisprudence, elle-même fluctuante, de la Cour de Justice des Communautés européennes⁷. On peut observer que si les juges ne

⁴ Cf. A. Supiot, "L'avenir d'un vieux couple: travail et Sécurité sociale", *Droit social*, 1995, p. 823.

⁵ Il s'agit là d'une caractéristique du système industriel français notamment soulignée par les économistes des relations industrielles. Bernard Gazier et Robert Boyer, entre autres, montrent comment – de 1945 jusqu'aux années 1980 – se sont organisés des "marchés internes" du travail au sein des grandes entreprises françaises (publiques pour une bonne part d'entre elles), qui ont joué le rôle de « champions nationaux » stabilisateurs de l'économie et des travailleurs (v. P. Auer y B. Gazier, *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2006; R. Boyer, *La flexicurité danoise. Quels enseignements pour la France?*, Ed. ENS rue d'Ulm, Paris, 2006).

⁶ Civ. 27 février 1934, *Goupy*, D. 1934, p. 252 (cas de concession d'une activité de transports (tramways) pour la commune de Sétif).

⁷ Nous ne relaterons pas ici en détail les flux et reflux de la jurisprudence au sujet de l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, v. notam. le n° spécial de la revue *Droit social*, « Transferts d'entreprise en droit social », juillet-août 2005.

cherchent plus à faire prévaloir *en toute hypothèse* la stabilité de l'emploi, ils veillent néanmoins à ce que soit respecté l'esprit de la loi. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation française veille-t-elle à ce que, sous couvert de transfert d'une partie de l'activité, les entreprises ne se livrent pas à une forme sauvage d'externalisation de leur personnel, en faisant reposer sur leurs soit disants cessionnaires la charge d'une restructuration (et en privant leurs salariés d'un « plan social » avantageux)⁸.

2. La protection de l'emploi dans le cadre du droit du licenciement pour motif économique

Il faut tout d'abord rappeler que pendant des années, les entreprises françaises furent soumises à un contrôle de l'emploi exercé par l'Administration : contrôle sur les embauches et sur les ruptures des contrats de travail (au titre de l'ordonnance du 2 mai 1945). La « sécurité de l'emploi » fut aussi un thème de dialogue social entre les syndicats et les organisations patronales à la fin des années soixante-dix. L'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi traite, entre autres choses, du contenu des informations et de la consultation des comités d'entreprise en cas de licenciements collectifs.

On peut en outre estimer que le droit du licenciement pour motif économique fut un temps pratiquement « publicisé » dans la mesure où, à partir de 1975 (loi du 3 janvier 1975) et jusqu'à 1986, la législation du travail imposa un mécanisme d'autorisation administrative. En cas de conflit sur la légalité des licenciements collectifs, les tribunaux administratifs français se prononçant sur la décision prise par l'autorité administrative - avaient compétence pour examiner le motif économique du licenciement, tandis qu'il incombait aux tribunaux de l'ordre judiciaire (les Conseils de prud'hommes) de juger des effets et des conséquences de la rupture du contrat de travail. Par delà l'extrême complexité de ce genre de situation tenant à la dualité et à la séparation des ordres – administratif et judiciaire – dans le système français, il faut y voir la prégnance, à cette époque, de l'Etat dans le contrôle de l'emploi. Cela ne préjuge pas du fait qu'en réalité, les agents de l'Etat autorisèrent nombre de licenciements ou, pour le moins, se trouvèrent fort démunis pour apprécier les situations et les justifications économiques. Sur le plan symbolique, la loi imposait alors sa rationalité au monde des affaires privées et la sauvegarde de l'emploi, même au plan microéconomique, relevait clairement de l'intérêt général.

Toutefois, depuis 1986 (loi du 30 décembre 1986), le droit des licenciements collectifs pour motif économique s'est « privatisé », avec l'abrogation du dispositif de l'autorisation administrative (y est substitué un mécanisme d'information et de notification). Le contentieux est désormais exclusivement de la compétence des tribunaux civils et du travail relevant de l'ordre judiciaire.

Malgré cette « libéralisation » du droit du licenciement, on peut observer que les évolutions ultérieures de la jurisprudence et de la législation tendent à faire en sorte que la décision de l'employeur de procéder à des licenciements pour motif économique soit considérée comme une *ultima ratio*. C'est ainsi que peut être entendue l'obligation mise à la charge de l'employeur d'adapter ses salariés aux évolutions de leurs emplois. Cette obligation qui a d'abord été reconnue et imposée par la jurisprudence et qui trouve son fondement dans l'exécution *de bonne foi* du contrat de travail pèse sur la décision de procéder aux

⁸ Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Perrier Vittel France/ CE et syndicat CGT* ; Cass. Soc., 18 juillet 2000, *Perrier Vittel France c/ CE Contrex et syndicat CGT, Droit social*, 2000, p. 850 (v. G. Couturier, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation », *Droit social*, 2000, p. 845).

licenciements, car le motif économique invoqué par l'employeur pourra se trouver contesté s'il y a failli. Dans le même ordre d'idée, a aussi été imposée une obligation de proposer aux salariés des mesures de reclassement à l'intérieur de l'entreprise, comme mesure préalable à la décision de licenciement⁹. Il en résulte qu'en droit du travail français, l'employeur se voit imputer une forte responsabilité au regard de l'emploi de ses salariés – y compris de son évolution - ce qui, théoriquement, implique une véritable gestion prévisionnelle des emplois¹⁰.

3. Une législation limitative en ce qui concerne l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée

La législation française en matière de contrats de travail à durée déterminée – qui vaut aussi pour les contrats de travail temporaire conclus avec les entreprises de travail temporaire – a établi tout un dispositif de conditions légales qui encadrent et limitent les possibilités de recourir à ce type de contrat. Les durées maximales sont fixées par la loi et les contrats peuvent être requalifiés par le juge en contrats de travail à durée indéterminée – la forme du droit commun – en cas d'abus ou d'usage illégal par l'employeur. En droit, le contrat de travail à durée indéterminée constitue toujours le principe, le mode *normal* de recrutement, et le recours aux formes d'emploi dites « atypiques » doit être spécialement et formellement justifié. Si le système juridique français connaît, en réalité, une multiplicité de formes de contrats de travail – en particulier liées aux mesures d'insertion professionnelle de catégories en difficulté sur le marché du travail – la norme d'emploi demeure officiellement le CDI à temps plein.

Ces quelques éléments caractéristiques du droit du travail français, ou plus spécifiquement du *droit de l'emploi*, ont été présentés de manière sommaire et, surtout, formelle. Il s'agit en effet du cadre normatif dans lequel, théoriquement, les employeurs et les salariés sont censés être situés et agir en fonction d'une règle du jeu déterminée par des valeurs et des principes affichés. Il est bien évident que la réalité des choses est autre, ce qui permet à un moment donné de mesurer l'écart entre la norme et la pratique. Malgré un droit du licenciement perçu comme rigide, la vie économique et sociale des entreprises françaises est rythmée par des « vagues » de licenciements collectifs de grande ampleur ; dans les PME, toutefois, il semble que les employeurs aient largement recours aux licenciements pour motif personnel pour éviter la réglementation plus complexe imposée en cas de licenciements pour motif économique¹¹. Une autre donnée importante est la quasi généralisation du recours aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire sur le marché du travail français : si la majorité des emplois « en stock » est toujours constituée par les contrats à durée indéterminée, les flux se réalisent très largement sous forme de CDD¹².

⁹ Art. L. 321-1 du Code du travail. La loi du 17 janvier 2002 a inclus ces devoirs de l'employeur qui avaient été « inventés par la jurisprudence de la Cour de cassation: « Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises ».

¹⁰ La loi du 18 janvier 2005 (loi sur la cohésion sociale) impose aux entreprises qui emploient au moins 300 salariés, de négocier tous les trois ans des accords collectifs pour la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences professionnelles.

¹¹ Cette réalité est décrite dans le rapport réalisé par P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, Paris, 2004, 204 p.

¹² De 1983 à 2003, le nombre de travailleurs en intérim est passé 113 000 à 361 000 (+ 316 %); le nombre de travailleurs en CDD est passé de 263 000 à 1 624 000 (+ 517 %); celui des emplois aidés de 375 000 à 503 000 (+ 34 %); celui des travailleurs sous-employés (à temps partiel, etc.) de 148 000 à 1 186 000 (+ 701 %). Toutes

B. Le droit de la sécurité sociale comme protection contre les risques de la société industrielle

La protection sociale française, principalement basée sur les mécanismes de la sécurité sociale (et la technique des assurances sociales), est organisée selon le concept de risque de perte du revenu pour le travailleur et sa famille, dans des cas de « sortie » temporaire ou définitive de l'emploi. Le paradigme sur lequel s'est construite la société industrielle moderne, ainsi que les systèmes de sécurité sociale, est le plein emploi stable¹³. Les risques sociaux sont, de manière générale, les événements de la vie, les « accidents », qui écartent le travailleur de l'emploi. Il s'ensuit que le travailleur écarté de l'emploi par la survenue d'un risque reconnu par la législation est une victime qu'il convient d'indemniser. La logique d'indemnisation est en effet très présente dans la plupart des branches de la sécurité sociale, celles en tout cas clairement fondées sur la notion de risque social. Les risques sociaux sont conçus comme des éléments *extérieurs* par rapport à la personne du travailleur et, dans une certaine mesure, comme extérieurs à la société industrielle. Ils sont aussi conçus comme accidentels dans la mesure où ils représentent un aléa¹⁴. Si la sécurité sociale emprunte à la sémantique du risque et de l'assurance, elle a – en France comme ailleurs – mis en œuvre des mécanismes de solidarité collective fortement redistributifs. Elle s'est donc largement détachée des principes de l'assurance privée (sélection des risques ; individualisation des prestations/proportionnalité des prestations par rapport aux cotisations). Conceptuellement, dans le monde industriel, la sphère de l'emploi prend en charge les situations de non emploi et, de manière prosaïque, cela implique que les actifs payent pour les inactifs¹⁵. Idéalement, les uns et les autres sont des *travailleurs* – l'assuré social est en tout cas étroitement lié à la sphère productive par le jeu de la cotisation sociale- ce qui justifie le concept de « salaire d'inactivité » un temps avancé par la doctrine pour décrire cette réalité juridique inédite avant l'invention de la sécurité sociale¹⁶.

Le problème est que ce modèle est aujourd'hui mis en cause dans sa capacité à s'adapter aux difficultés engendrées par les transformations du marché du travail. Au plan économique, la stabilité de l'emploi postulée n'est plus la norme générale ; le modèle dit fordiste est en voie d'affaiblissement, ce qui produit d'ailleurs des tensions sur le droit du travail dont les finalités et fonctions sont aujourd'hui discutées (débat sur la segmentation du marché du travail). Au plan social, apparaissent les symptômes de ce qu'Ulrich Beck appelle « la société du risque ». Se fait jour l'idée que les risques ne proviennent plus de l'extérieur, mais de la société elle-même (concept de « réflexivité »). Ainsi, notamment, le chômage n'est plus l'absence de travail ou l'inverse de la situation d'emploi, mais plutôt un élément qui fait partie de l'emploi : on parle volontiers de *discontinuité de l'activité professionnelle*. Une conséquence en est la transformation du concept de sécurité ou d'insécurité sociale.

les formes d'emplois précaires se sont ainsi développées de manière spectaculaire quand, dans le même temps, le nombre des emplois de type statutaire (CDI et emplois publics) n'a augmenté que de 12% (de 16 804 000 à 18 847 000).

¹³ Pour Beveridge, le système d'assurance sociale devait se combiner avec trois politiques publiques extérieures au système: une politique de plein emploi, une politique familiale et un service national de santé (W. Beveridge, *Full employment in a free society*, 1944, connu comme « le second rapport Beveridge »).

¹⁴ Y compris dans le domaine des pensions de vieillesse, si on considère qu'au départ, la pension a été conçue comme un droit pour ceux se trouvent toujours en vie à un âge auquel ils ne peuvent continuer à vivre ou survivre par leur travail.

¹⁵ Dans la société industrielle, selon U. Beck, il s'est agi essentiellement de « répartition des richesses », plutôt que de « répartition des risques ». U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité* (version française). Flammarion, Paris, 2001.

¹⁶ J. Savatier, « Les salaires d'inactivité », *Droit social* 1984, p. 710.

Cela implique que soit élaborés de nouveaux rapports, de nouvelles relations entre les normes qui gouvernent l'emploi et celles qui règlent la protection sociale, en particulier en ce qui concerne le risque chômage.

2. Les prémisses d'une reconfiguration

Dans une certaine mesure, on peut estimer que le droit social français a déjà entamé ces dernières années une évolution qui n'est pas sans relation avec le thème de la flexisécurité ou, plus largement, de la « modernisation » telle que prônée au sein de l'Union européenne. On peut en effet observer, depuis le début des années 2000, des changements significatifs dans le domaine de la protection sociale et en particulier en ce qui concerne le système d'assurance-chômage, changements qui semblent gouvernés par la notion d'activation des systèmes de protection sociale¹⁷. Dans le champ du droit du travail, avant que n'intervienne l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la « modernisation du marché du travail », on note des tentatives législatives visant à modifier radicalement le droit du licenciement. Cette voie s'est toutefois avérée chaotique : le législateur a tenté notamment d'introduire de nouvelles formes contractuelles – à durée indéterminée - permettant une plus grande flexibilité dans la possibilité de mettre un terme au contrat ; ces tentatives ont suscité un mouvement de rejet de la part du corps social et, finalement, de l'ordre juridique.

A. La logique d'activation dans le champ de la protection sociale. Le cas de l'assurance chômage

En France comme dans de nombreux pays européens, on peut observer une assez nette influence, ces dernières années, du concept d'activation des systèmes de protection sociale ou de sécurité sociale, tout particulièrement en ce qui concerne le système d'indemnisation en cas de chômage. Depuis 2001, les finalités et les missions imparties au régime d'assurance chômage se sont profondément transformées. Il ne s'agit plus simplement d'indemniser les travailleurs ayant perdu leur emploi, mais de mobiliser tous moyens pour les aider – les pousser ? – à retourner rapidement dans l'emploi. Cette transformation des missions du régime a entraîné une réorganisation fondamentale du service public de l'emploi. Elle s'est aussi accompagnée de la mise en place d'un nouveau cadre juridique pour les demandeurs d'emploi, gouvernant ses relations avec le service public de l'emploi au sein duquel l'assurance chômage s'est vue reconnaître une place à part entière.

1. Nouvelles finalités, nouvelles missions imparties au régime d'assurance chômage

Le régime français d'assurance chômage présente quelques particularités qui tiennent à son histoire. Dans le droit positif actuel, l'existence d'un régime d'assurance pour garantir les salariés involontairement privés d'emploi est prévue par la loi (art. L. 351-3 du Code du travail). Ce régime n'est pas intégré à la Sécurité sociale. En effet, ce sont les partenaires sociaux qui ont créé le régime d'assurance chômage par un accord collectif national

¹⁷ Sur le thème de l'activation et les sources de ce concept dans le champ international, v. notamment J.-C. Barbier, "The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection?", in *The Open Method of Co-ordination in Action*, J. Zeitel & P. Pochet (ed.), P.I.E. Peter Lang, 2005, p. 417-445. Le champ de l'assurance-chômage est un lieu privilégié d'observation des manifestations de la logique d'activation. On peut cependant « lire » aussi la réforme française des retraites de 2003 sur ce mode, notamment avec les mécanismes de « décote » et de surcote » qui ont pour but de maintenir dans l'emploi les travailleurs âgés en capacité de travailler.

interprofessionnel signé en 1958 par les organisations patronales et syndicales représentatives. En conséquence, ce sont les partenaires sociaux qui gèrent et administrent le régime par le biais d'une entité paritaire : l'UNEDIC (Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce)¹⁸. Le système contributif d'indemnisation en cas de chômage, en France, est donc un système conventionnel fondé sur un accord collectif national interprofessionnel régulièrement renégocié¹⁹, agréé par le Gouvernement et administré par les partenaires sociaux reconnus représentatifs au plan national.

Fondamentalement, l'objet du régime conventionnel consiste à indemniser les travailleurs privés d'emploi, par l'octroi d'un *revenu de remplacement*, selon la terminologie légale. Les différentes conventions relatives à l'assurance chômage signées depuis 1958 ont été conçues selon cette logique de l'indemnisation. Le fait marquant est que la transformation du système provient de la volonté même des parties signataires de l'accord du 1^{er} janvier 2001 relatif à « l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage »²⁰. On le voit, le changement de logique s'exprime dans l'intitulé même de l'accord, ainsi que des accords qui lui feront suite (accord de 2003, signé le 20 décembre 2002; accord de 2006 signé le 22 décembre 2005 ; accord pour 2006-2009 signé le 18 janvier 2006). L'objectif désormais affiché est de lier étroitement indemnisation et réinsertion professionnelle. Le préambule de l'accord de 2001 indique bien qu'il s'agit de « renforcer les missions du régime d'assurance chômage en conjuguant la priorité qui est le retour à l'emploi et l'évolution des conditions d'indemnisation ».

Littéralement, la nouvelle prestation versée aux bénéficiaires du régime est une « allocation d'aide au retour à l'emploi ». Là se manifeste clairement la logique d'activation : les contributions des employeurs et des salariés qui financent le régime doivent être utilisées afin d'aider à un retour aussi rapide que possible des chômeurs à l'emploi. Cela implique que l'UNEDIC prenne en charge de nouvelles actions d'orientation et d'insertion professionnelle. Concrètement, aujourd'hui, l'UNEDIC propose et finance diverses mesures pour une réinsertion professionnelle rapide et efficace des demandeurs d'emploi indemnisés²¹. De ce fait, l'UNEDIC est devenue un acteur important de la formation professionnelle des chômeurs: les organismes locaux en charge du chômage (ASSEDIC) sont désormais d'importants commanditaires d'actions de formation professionnelle et financent environ 20% de l'ensemble des actions de formation au profit des demandeurs d'emploi.

Il s'est donc produit une rupture dans la logique initiale de l'indemnisation du risque chômage. Les partenaires sociaux gestionnaires de l'assurance chômage se sont reconnus de nouvelles missions qui, dans un sens, incombaient à l'Etat et aux organismes publics traditionnels du service public de l'emploi. Cela a impliqué que se formalisent de nouvelles relations entre l'Etat, les services de l'ANPE (l'Agence Nationale pour l'Emploi) et l'UNEDIC. La convention d'assurance chômage de 2001 a ainsi conduit à la signature d'un

¹⁸ Sont membres de l'UNEDIC: les syndicats CGT, CGT-FO, CFTC, CFDT, CFE-CGCA; les organisations patronales MEDEF, CGPME, UPA. Au niveau local ce sont des associations membres de l'UNEDIC, les ASSEDIC qui, jusque là, ont administré le système d'indemnisation. La réforme du service public de l'emploi intervenue en février 2003 confie désormais la mission de versement des allocations de chômage à une institution unique qui prend aussi en charge le placement des demandeurs d'emploi et leur reclassement (fusion des ANPE et des ASSEDIC).

¹⁹ Le régime et en particulier les conditions de son financement sont renégociés tous les deux ou trois ans.

²⁰ L'accord de 2001 et les accords suivants n'ont pas été signés par les syndicats CGT y FO, opposés à la nouvelle logique.

²¹ Bilans de compétences, aides à la mobilité, aides à la création d'entreprise, formation professionnelle, procédures de validation des acquis de l'expérience professionnelle, contrats de professionnalisation, ...

accord Etat-ANPE-UNEDIC afin de faire fonctionner les nouveaux instruments alors créés pour donner corps à la logique d'activation²². On peut d'ailleurs considérer que c'est à partir de là que la réforme du service public de l'emploi s'est véritablement mise en marche. La loi du 18 janvier 2005, dite loi de programmation pour la cohésion sociale, a entériné ces transformations et a notamment reconnu la place et le rôle à part entière que jouent les organismes en charge de l'assurance chômage au sein du service public de l'emploi²³. Dans un souci d'efficacité de l'action au profit des demandeurs d'emploi, cette loi exprime la nécessité d'une forte coopération entre les principaux acteurs du service public de l'emploi. Elle a prévu que devrait être conclu un accord entre ceux-ci : l'Etat, l'ANPE et l'UNEDIC ; l'AFPA (Association pour la Formation des Adultes) étant invitée à signer une partie de cet accord. L'accord relatif à la coordination des actions du service public de l'emploi fut signé le 5 mai 2006. L'un des objectifs de cet accord est de déterminer les modalités de la coordination des actions respectives des quatre entités signataires (le placement des demandeurs d'emploi, l'indemnisation, le contrôle, les actions de reclassement et de réinsertion, la formation professionnelle)²⁴. Le nouveau gouvernement issu des élections du printemps 2007 a toutefois estimé que l'efficacité du nouveau service public de l'emploi exigeait d'aller au-delà de la coordination d'acteurs différenciés. La loi adoptée le 13 février 2008 portant réforme de l'organisation du service public de l'emploi, fusionne les ASSEDIC et l'ANPE. Désormais, le placement, le suivi, l'indemnisation, les aides au retour à l'emploi et le contrôle des demandeurs d'emploi sont confiés à une institution unique. Dans un sens, on peut estimer que cette fusion des deux grands organes du service public de l'emploi constitue la phase ultime d'un processus engagé avec la dynamique d'activation des dépenses qui commande, au fond, une réarticulation entre institutions de l'emploi et institutions de la protection sociale.

2. Un nouveau cadre juridique pour les demandeurs d'emploi

La transformation du système contributif d'assurance chômage s'est accompagnée d'une tentative de renouvellement du cadre juridique des relations entre l'individu indemnisé et les entités en charge du « retour à l'emploi ». La convention de 2001 a voulu fonder désormais ces relations sur le concept de contractualisation. Jusqu'alors, il semblait clair que le chômeur indemnisé par l'assurance chômage se trouvait dans une situation statutaire, en tant qu'assuré social et membre de l'institution le prenant en charge²⁵. Les signataires de la convention ont

²² Sous l'empire de la convention de 2001, le demandeur d'emploi indemnisé devait signer un document- le Plan d'Aide au Retour à l'Emploi- avec l'ASSEDIC, l'organisme local en charge de l'assurance chômage ; il devait aussi signer un document avec l'ANPE : le Projet d'Action Personnalisé. Ces différents documents établissaient, dans une relation triangulaire, les droits et devoirs de chacune pour parvenir à une réinsertion dans le marché du travail.

²³ Selon les termes de la loi du 18 janvier 2005 (nouvel article L. 311-1 du Code du travail) : « Le service public de l'emploi comprend le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi. Il est assuré par les services de l'Etat chargés de l'emploi, l'Agence nationale pour l'emploi et l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes. Il est également assuré par les organismes de l'assurance chômage mentionnés à l'article L. 351-21 dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont propres ». La loi indique que peuvent aussi participer les organismes publics ou privés dont l'objet consiste en la fourniture de services relatifs au placement, à l'insertion, à la formation et à l'accompagnement des demandeurs d'emploi, les organismes liés à l'Etat par une convention prévue à l'article L. 322-4-16, les entreprises de travail temporaire ainsi que les agences de placement privées mentionnées à l'article L. 312-1.

²⁴ Un autre objectif est la constitution d'un « dossier unique du demandeur d'emploi » pour l'administration et le suivi de la situation des demandeurs d'emploi par chaque partie prenante du service public de l'emploi.

²⁵ V. F. Valdés Dal- Ré, « Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales », *Relaciones Laborales*, n° 19/2002, p. 1. L'auteur estime que dans les systèmes traditionnels de protection sociale sur base contributive, les prestations naissent d'une relation juridique particulière de laquelle est totalement étrangère la

cependant proposé une nouvelle perspective. Le préambule de la convention invoque en effet « l'utilité de contractualiser les engagements du demandeur d'emploi, d'une part, et du régime d'indemnisation d'autre part ». Sans doute cette idée relevait-elle d'une forme d'expérimentation sociale dont toutes les conséquences – notamment juridiques – n'avaient pas bien été envisagées. Sur le plan concret, toutefois, elle a conduit à la mise en œuvre et à la généralisation de mesures de traitement plus individualisé des demandeurs d'emploi. La contractualisation est du reste une forme de « gestion du social » déjà expérimentée dans le champ des politiques de lutte contre les exclusions sociales²⁶ et qui tend à se développer dans d'autres domaines²⁷. En matière d'assurance chômage, elle a aussi été instaurée dans plusieurs systèmes de pays voisins²⁸. Formellement, il s'agit de lier le demandeur d'emploi indemnisé à l'institution en charge de son indemnisation et de son reclassement par un document contractuel, au moins en apparence. Le fait de signer ce type de document atteste d'une volonté commune de s'engager mutuellement, selon la logique du *do ut des*. En pratique, c'est une manière de responsabiliser l'individu comme si, dans le système antérieur, le demandeur d'emploi était seulement titulaire d'un droit « passif », d'une créance sur le régime d'indemnisation²⁹. Cette responsabilisation se manifeste d'ailleurs, aussi, dans la modification du régime du contrôle des demandeurs d'emploi et des sanctions, intervenue avec la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 et les textes d'application (le décret n° 2005-915 du 2 août 2005). Les obligations du demandeur d'emploi se font plus précises et, surtout, les agents de l'Etat n'ont plus la compétence exclusive pour contrôler et sanctionner : dans ce régime (qui sera de nouveau modifié à la suite de la réforme du service public de l'emploi intervenue en février 2008), les ASSEDIC peuvent prendre de manière conservatoire des mesures d'interruption ou de réduction de l'allocation.

Afin de conférer une portée concrète au concept de contractualisation, la convention d'assurance chômage de 2001 créa de nouveaux instruments exprimant les droits et obligations de chacun dans un cadre triangulaire, c'est-à-dire entre l'individu privé d'emploi, l'ASSEDIC en charge de son indemnisation et de la nouvelle mission « d'aide au retour à l'emploi » et l'ANPE classiquement chargée du placement et du suivi du demandeur d'emploi. Deux types d'instruments furent à ce moment mis en place : en premier lieu, le demandeur d'emploi éligible à l'assurance chômage devait signer avec l'ASSEDIC un PARE (Plan d'Aide au retour à l'emploi). Ce document énonçait les droits et devoirs du demandeur d'emploi et l'ASSEDIC s'y engageait à verser l'allocation de chômage (l'allocation de retour à l'emploi) et à financer les actions prescrites par l'ANPE afin d'aider le chômeur à se réinsérer dans l'emploi. Après signature du PARE, le demandeur devait rencontrer un agent de l'ANPE dans un délai d'un mois pour un entretien approfondi donnant lieu à la conclusion

notion de contractualisation. Sur la situation dans le système français, P. Martin, "La convention d'assurance-chômage du 1er janvier 2001: le droit au revenu de remplacement en question", *Droit ouvrier*, mars 2002, p. 99; P. Martin, "Assurance-chômage: hasard et nécessité de la contractualisation des engagements", *Droit ouvrier*, septembre 2004, p. 397.

²⁶ En vertu de la loi du 1er décembre 1988 instituant le RMI (Revenu Minimum d'Insertion), un contrat d'insertion doit être signé entre l'individu bénéficiaire de l'allocation et les pouvoirs publics en charge des politiques d'insertion sociale et professionnelle au niveau départemental.

²⁷ Par exemple, dans le domaine de la politique d'intégration des étrangers, a été expérimenté depuis 2003 un contrat d'accueil et d'intégration pour les étrangers autorisés à rester sur le territoire français. Cette mesure est obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2007.

²⁸ On pensera notamment au *jobseeker's agreement* en vigueur dans le système britannique.

²⁹ C'est oublier qu'en vertu de la loi, pour recevoir l'allocation de chômage, le chômeur doit être à la recherche d'un emploi ce qui implique qu'il s'inscrive comme demandeur d'emploi et qu'il accomplisse des actes positifs pour retrouver un emploi. La réglementation prévoit un système de contrôle et de sanctions (radiation de la liste des demandeurs d'emploi prononcée par l'ANPE ; suppression du bénéfice de l'allocation par décision du représentant de l'Etat).

d'un PAP (Projet d'action personnalisé)³⁰. Dans le PAP, le demandeur d'emploi s'engageait à rechercher activement un emploi – ce qui était déjà une obligation formulée par la loi – et à « s'impliquer réellement dans le processus de retour à l'emploi et dans les actions de formation ou autres prestations éventuellement proposées ». Si on peut parler de système triangulaire, c'est que l'ASSEDIC s'engageait alors à développer « tous les moyens favorisant le retour à l'emploi », ce qui supposait qu'elle suive la mise en œuvre du PAP avec l'ANPE.

Ce cadre triangulaire a cependant été modifié depuis. Le PARE qui constituait la véritable nouveauté juridique avait soulevé, dès l'adoption de la convention de 2001, une épineuse question sur la nature des relations entre l'individu et le régime d'assurance chômage : s'agissait-il, désormais, d'un véritable contrat de droit privé fondant un nouveau régime de droits et d'obligations ? Plusieurs juridictions de l'ordre français s'étaient alors prononcées³¹. La question avait « rebondi » lorsque à la suite de la convention de 2003 réduisant les périodes d'indemnisation, y compris pour les chômeurs dont l'indemnisation – et le programme de retour à l'emploi – avaient été entamés sous l'empire de la convention antérieure, plusieurs milliers de personnes dont les droits avaient été « recalculés » avaient saisi les tribunaux. L'argument des plaignants était limpide : si, comme le prétendait initialement l'UNEDIC, le PARE constitue un véritable contrat de droit privé, alors ce contrat doit être honoré et ne peut être modifié unilatéralement. Situation contractuelle ou statutaire ? Les tribunaux français hésitèrent. La thèse contractuelle fut consacrée notamment par le TGI de Marseille³², suivi par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence³³, tandis qu'elle était réfutée par la Cour d'Appel de Paris intervenant après un jugement du TGI de Paris favorable aux « recalculés » mais pas clairement motivée en droit³⁴. Finalement, la Cour de cassation trancha le problème en réfutant la thèse contractuelle³⁵. Du coup, le PARE perdit de sa crédibilité, aussi bien comme acte susceptible de protéger des droits acquis pour les chômeurs que comme instrument de gestion pour les organismes de l'assurance chômage. Dans la convention de 2006, il disparaît pour faire place à un nouveau dispositif, le PPAE (Projet personnalisé d'accès à l'emploi). Le PPAE est directement signé entre le demandeur d'emploi et l'ANPE. L'objectif est de réduire les délais de mise en pratique des mesures d'accompagnement et de personnaliser plus encore le traitement des demandeurs d'emploi³⁶. Ce dispositif a été généralisé par la convention tripartite entre l'Etat, l'ANPE et l'UNEDIC

³⁰ L'entretien approfondi avec un agent de l'ANPE est toujours prévu dans le système actuellement en vigueur ; ce sont les délais qui ont été raccourcis pour une plus grande efficacité.

³¹ Conseil d'Etat, 11 juillet 2001, *Syndicat SUD Travail et autres, RJS*, 10/01, n° 1157 et 1168 ; TGI de Paris, 20 juillet 2002, *Association Les amis d'agir ensemble contre le chômage c./ MEDEF, RJS* 2002, n° 1161, *TPS*, sept. 2002, n° 270, p. 19.

³² TGI de Marseille, *Lazari et autres c/ASSEDIC Alpes de Provence et UNEDIC*, 15 avril 2004, *Droit social*, 2004, p. 545.

³³ Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 9 septembre 2004, *Assedic Alpes-Provence et Unedic c/ ME Lazari et autres, Droit social*, 2004, p. 964. . La Cour d'Appel confirme le jugement du tribunal de Marseille et estime que « les partenaires sociaux ont entendu créer un dispositif nouveau, s'inscrivant dans le cadre juridique autonome du droit social ».

³⁴ Le TGI de Paris, dans son jugement du 11 mai 2004, avait fait droit aux demandes des chômeurs sans dire de manière claire que la source de ces droits était de nature contractuelle (selon le tribunal, le PARE est un document qui vaut « notification de droits ouverts » ; la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 21 septembre 2004, n'a pas suivi cette doctrine et a estimé que le PARE ne constitue pas « la manifestation d'une volonté de contracter, mais l'application d'une règle décidée par les partenaires sociaux » (Cour d'Appel de Paris, 21 septembre 2004, *Unedic et autres c/ Mme Chantal Goenime et autres, Droit social*, 2004, p. 965).

³⁵ Soc. 31 janvier 2007, *Assedic Alpes-Provence et autres c/M. Eric Lazari et autres, Droit social* 2007, p. 409. V. X. Prétot, « L'intangibilité des droits aux prestations de l'assurance-chômage », *Droit social*, 2007, p. 403.

³⁶ L'entretien avec l'agent de l'ANPE doit avoir lieu dans un délai maximum de 8 jours et débouche sur une évaluation de la situation de l'individu qui est classé en fonction de la distance par rapport à l'emploi (il y a trois catégories : « courte distance » ; « distance moyenne » ; « distance longue »).

signée le 5 mai 2006. Sa mise en œuvre devrait être réaménagée dans le cadre du nouveau service public de l'emploi qui se mettra en place en application de la loi du 13 février 2008.

B. Le débat autour du droit du licenciement et de la protection de l'emploi

Depuis le début des années 2000, le débat sur la fonction du droit du licenciement pour motif économique et sur la question de la protection de l'emploi a donné lieu à différentes stratégies législatives dont la ligne de cohérence est demeurée assez incertaine. D'un côté, s'est posée la question de savoir s'il fallait flexibiliser ou, au contraire, consolider la réglementation applicable en matière de licenciements collectifs pour motif économique. D'un autre côté, et parce qu'au final, aucune réforme radicale du droit des licenciements collectifs n'est intervenue, ont été expérimentées de nouvelles formes de contrat de travail qui peuvent être perçues comme des stratégies de « pseudo flexisécurité ».

1. Flexibiliser ou non le droit des licenciements pour motif économique

On peut dire que le thème de la légalité des licenciements pour motif économique a été très présent et très polémique sur la scène politique et sociale française. Au début des années 2000, dans le contexte de licenciements collectifs de grande ampleur, notamment dans les entreprises Renault, Michelin ou encore Marks and Spencer, la gauche française au pouvoir essaya de limiter ou – pour la gauche de la gauche – d'interdire la possibilité de réaliser des licenciements collectifs dans les entreprises « économiquement viables ». L'opinion publique française s'était alors montrée très hostile et critique envers le phénomène des « licenciements boursiers ». Fut adoptée la « loi de modernisation sociale » du 17 janvier 2002. Cette législation modifia les procédures de licenciement et renforça le rôle des représentants du personnel et de l'Administration du travail³⁷. Elle créa de nouvelles obligations pour les employeurs, afin d'éviter ou de limiter les situations de chômage pour les travailleurs inclus dans un plan de licenciements³⁸. En outre, la loi de modernisation sociale telle qu'elle avait été votée le 19 décembre 2002, modifiait la définition du licenciement pour motif économique et limitait les possibilités d'y recourir pour les entreprises. Dans cette version, seule trois justifications étaient devenues possibles : des difficultés économiques sérieuses qui n'ont pu être surmontées par d'autres moyens ; des mutations technologiques menaçant la pérennité de l'entreprise ; des nécessités de réorganisation de l'entreprise afin de sauvegarder l'activité. Cette définition « restreinte » du motif de licenciement économique fut toutefois déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel (décision du 12 janvier 2002) et la définition antérieure fut maintenue dans le Code du travail³⁹.

En 2003, la droite au pouvoir modifia la loi de modernisation sociale pour revenir à des solutions jugées plus flexibles pour les entreprises. La loi du 3 janvier 2003 suspendit les effets de la loi de 2002 sur une série de points (parmi lesquels les nouvelles attributions du

³⁷ En particulier, la loi confère au comité un droit de consultation préalable à la décision de restructuration de l'entreprise. Cette consultation est autonome par rapport à la consultation sur le projet de licenciements collectifs de l'employeur. Le comité peut s'opposer au projet de restructuration, ce qui implique un processus de médiation. D'autre part, la loi renforce les obligations de l'employeur quant à l'élaboration d'un « plan de sauvegarde de l'emploi » et renforce aussi les pouvoirs de l'Administration pour contrôler ce plan.

³⁸ Cf. le « plan de sauvegarde de l'emploi » qui se substitue au « plan social » de la législation antérieure et aussi le « congé de reclassement » dans les entreprises qui emploient au moins 1000 travailleurs.

³⁹ Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas expurgé du texte nouveau les dispositions relatives au devoir de l'employeur quant à l'adaptation et au reclassement des salariés.

comité d'entreprise face à un projet de restructuration de l'entreprise). La finalité de la loi de 2003 était de susciter la négociation collective sur le sujet des licenciements collectifs et la loi permit la signature « d'accords de méthode » fixant les modalités de l'information et de la consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur a un projet de licenciements collectifs (portant sur 10 salariés au moins). Finalement, les mesures de la loi de modernisation sociale qui avaient été ainsi « suspendues » furent abrogées par la « loi de cohésion sociale » du 18 janvier 2005.

Au bout du compte, *grosso modo*, on est au statu quo ante en matière de droit des licenciements collectifs.

2. Des stratégies de pseudo flexisécurité, par le biais de nouvelles formes contractuelles

Dans ce contexte de circonvolutions législatives, le débat s'est focalisé - chez les économistes - sur la question de l'efficacité du droit du travail et en particulier du droit du licenciement pour motif économique. Selon certains, ce droit ne remplit plus correctement sa fonction de protection de l'emploi et serait même contre-productif. Il est en effet à l'origine d'un haut niveau de conflictualité et, surtout, pour les économistes, le caractère imprévisible des décisions de justice constitue un élément d'irrationalité et finalement un frein à la décision d'embauche⁴⁰.

Les pouvoirs publics ont en fait mis en œuvre des stratégies alternatives à une réforme générale du droit du licenciement, par la création de nouvelles formes contractuelles plus ou moins inspirées du concept de « flexisécurité ». Une ordonnance et un décret du 2 août 2005 ont institué le CNE (Contrat Nouvelle Embauche). Il s'agit d'un contrat de travail à durée indéterminée ouvert aux petites entreprises (de moins de 21 salariés). Ainsi, théoriquement, ce type de contrat est conçu comme le substrat d'un emploi stable. La caractéristique majeure réside cependant dans le fait que l'employeur n'a pas à justifier le licenciement du salarié pendant les deux années suivant la conclusion du contrat, ce qui crée un fort élément d'incertitude pour le salarié. En échange, celui-ci a droit à une indemnisation en cas de licenciement à hauteur de 8% du montant total des salaires reçus, ainsi qu'à une notification préalable (15 jours avant le terme effectif du contrat), lorsque le licenciement intervient plus d'un mois après la conclusion du contrat. L'employeur doit aussi payer une contribution spéciale (2%) aux organismes en charge de l'allocation chômage qui sont appelées à mettre en œuvre des actions renforcées pour la réinsertion professionnelle du travailleur.

Dans un sens, avec le CNE, le législateur français a expérimenté un prototype. Il a d'ailleurs tenté de développer ce modèle avec le fameux CPE (Contrat Première Embauche) instauré dans le cadre de la loi du 9 mars 2006 relative à l'égalité des chances. Ce type de contrat dont le régime juridique était calqué sur celui du CNE pouvait être proposé à tout jeune de moins de 26 ans, par les entreprises employant au moins 21 salariés. Le fait est connu : cette mesure fut contestée par une large part de la société française ; les pouvoirs publics décidèrent de ne pas la mettre en application et le CPE fut définitivement abrogé par une loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 qui lui substitue une mesure d'insertion professionnelle qui n'est pas un véritable contrat de travail (le dispositif « jeune en entreprise »). De son côté, le CNE qui s'était malgré tout développé en pratique⁴¹ s'est aussi trouvé dans la tourmente, sur le terrain judiciaire.

⁴⁰ Le Rapport « Cahuc et Kramarz », *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle* précité.

⁴¹ Selon les données de la DARES, fin 2006, entre 360 000 et 460 000 CNE avaient été signés. Il y a cependant débat sur l'efficacité de cette mesure en termes de création nette d'emplois. Une étude indépendante indique que

Dans un premier temps, les syndicats représentatifs au niveau national (CGT, CFDT, CGC, FO) avaient tenté de faire annuler l'ordonnance par le Conseil d'Etat, comme étant contraire à la convention n°158 de l'OIT et à l'article 24 de la Charte sociale européenne qui imposent une obligation de justifier le licenciement. Dans un arrêt du 19 octobre 2005, le Conseil d'Etat rejetait cette demande, estimant que la période de « neutralisation » du droit commun du licenciement pendant deux ans était *raisonnable*. Cette analyse ne fut toutefois pas partagée par les juridictions de l'ordre judiciaire⁴². L'OIT qui avait été saisie de la question par le syndicat Force Ouvrière, par la voix de sa commission d'experts pour l'application des conventions et recommandation, a en outre rendu un avis contraire à la position du Conseil d'Etat français : le CNE n'est pas conforme aux prescriptions du droit international du travail⁴³. L'avenir du CNE est depuis lors devenu bien incertain et sa disparition est dorénavant déjà programmée.

Globalement, ces expérimentations ont donc échoué. On soulignera ici le fait qu'elles avaient été largement inspirées par le Rapport Cahuc-Kramarz⁴⁴ remis au Premier ministre en 2004. Rappelons que ce rapport a préconisé la généralisation d'une forme unique d'emploi – le contrat unique- à durée indéterminée avec des possibilités de rupture allégées mais « assurées » par les employeurs. Dans ce modèle, la notion même de licenciement pour motif économique disparaît et l'employeur n'est même plus tenu par l'obligation de reclassement des salariés ; il se contente de payer une « contribution de solidarité » et c'est au service public de l'emploi qu'incombe la tâche de reclasser les salariés licenciés. En cas de licenciement, l'employeur doit verser au salarié une indemnisation (10% de la rémunération totale perçue par le salarié) dont le montant pourrait être majoré si le contrat se termine prématurément.

Ces tribulations ne devaient néanmoins pas empêcher que se poursuive, en France, le débat sur les manières de conjuguer flexibilité et sécurité. Délaissant le terme barbare de « flexisécurité », les acteurs économiques et sociaux ont développé la réflexion sur le thème de « la sécurisation des parcours professionnels »⁴⁵, dans une perspective large et ambitieuse, centrée sur la personne et abordant les problèmes en termes de « trajectoires de vie ». Cette perspective qui vise « à promouvoir des parcours professionnels maîtrisés et favorisant, pour les salariés, les entreprises et le service public, une nouvelle relation de confiance » est assez largement inspirée des travaux académiques sur les marchés transitionnels et la « mobilité protégée »⁴⁶. Elle s'inscrit aussi dans la lignée de la réflexion du groupe animé par Alain

le CNE aurait seulement permis de créer 35 000 emplois. En effet, seuls 8% des employeurs qui ont eu recours au CNE disent qu'ils n'auraient pas embauché si cette forme d'emploi n'avait pas existé. Quant à la stabilité de l'emploi avec le CNE, on estimait fin 2006 que 50% des salariés qui avaient été embauchés par CNE en octobre 2005 travaillaient toujours dans la même entreprise, tandis que 25% avaient quitté celle-ci de manière volontaire et que 25% avaient été licenciés.

⁴² Le Conseil de prud'hommes de Longjumeau, le 20 février 2006, condamne un employeur qui avait embauché un salarié en CNE pour abus du droit de mettre fin au contrat. Dans cette décision, le tribunal estime que l'ordonnance de 2005 viole la convention n° 158 de l'OIT. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007.

⁴³ Conférence internationale du travail 2008, Rapport de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandation, Bureau international du Travail, Genève, 2008 p. 582.

⁴⁴ P. Cahuc y P. Kramarz ; *op. cit.*

⁴⁵ Cf. l'avis et le rapport du Comité Economique et Social, *La sécurisation des parcours professionnels*, 2007, présenté par Mme Edith Arnoult-Brill en séance des 29 et 30 mai 2007.

⁴⁶ Concept développé par Bernard Gazier et Peter Auer, *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2006. Antérieurement, B. Gazier a élaboré et développé le concept de marchés transitionnels, visant à la construction d'un statut professionnel des personnes se trouvant en situation « hors travail » (chômage, périodes de congés, de formation, etc.), basé sur l'idée que la société doit assumer collectivement le *risque de l'emploi*.

Supiot à la fin des années 1990⁴⁷. On peut d'ailleurs considérer que cette problématique a suscité un véritable « bouillonnement » d'idées, les syndicats développant leur propre version, à l'instar de la CGT qui soutient l'idée de « sécurité sociale professionnelle »⁴⁸. De son côté, le gouvernement a manifesté sa volonté d'engager des réformes importantes faisant écho au Livre Vert de la Commission européenne. En septembre 2007, a été lancé le « chantier » de la modernisation du marché du travail avec l'ouverture d'une négociation entre syndicats représentatifs et organisations patronales sur ce thème⁴⁹.

3. La flexisécurité à la française dans le chantier de la modernisation du marché du travail

Les syndicats et le patronat ont ouvert le 7 septembre 2007 des négociations sur la modernisation du marché du travail. Le champ des discussions a été très large. Elles ont en effet porté sur "l'entrée dans l'emploi" (chômage des jeunes), le "retour à l'emploi" (formation et incitation) et, surtout, sur "la sortie de l'emploi", c'est-à-dire les assouplissements à apporter aux règles de licenciement en contrepartie de garanties supplémentaires pour les salariés. La négociation s'est déroulée jusqu'à la mi-janvier et s'est terminée par la conclusion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, signé par le patronat et quatre organisations syndicales (la CFTC, FO, la CGC, la CFDT) sur les cinq représentatives, la CGT refusant d'apposer son paraphe.

Nous ne décrivons pas ici dans son ensemble le contenu de l'accord. S'agissant d'identifier les réarticulations de l'emploi et de la protection sociale dans cette nouvelle perspective, il semble que deux traits majeurs se dessinent dans l'accord sur la modernisation du marché du travail. D'une part, on peut noter une certaine focalisation sur le contrat de travail ; l'accord ne retient cependant pas la piste du *contrat unique* du Rapport Cahuc-Kramarz et les employeurs ne se voient pas privés de la possibilité de recourir aux contrats à durée déterminée et à l'intérim, à condition de le faire « de manière responsable ». Il s'agit, au fond, de faciliter l'entrée dans l'entreprise, d'aménager les mobilités en les sécurisant, de rationaliser les conditions de rupture du contrat. D'autre part, on observe une volonté d'intensifier la logique d'activation dans le régime d'assurance chômage, même si cela implique des modifications dans le régime d'assurance qui, par hypothèse, devront être elles-mêmes discutées et négociées dans d'autres espaces.

A. Du contrat de travail et de l'emploi

Le régime du contrat de travail est examiné par les signataires de l'accord qui cherchent des adaptations sur une ligne de compromis entre flexibilité et sécurité. Deux axes majeurs

⁴⁷ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, (Rapport pour la Commission Européenne), Flammarion, 1999.

⁴⁸ La sécurité sociale professionnelle selon la CGT implique que le contrat de travail soit maintenu, y compris en cas de suppression de l'emploi, jusqu'à ce que le travailleur retrouve un autre emploi équivalent. Le maintien du contrat doit se réaliser grâce à un système de fonds d'entreprises mutualisés et l'utilisation des systèmes d'assurance chômage et d'assurance contre l'insolvabilité de l'employeur qui auront été réformés dans ce sens.

⁴⁹ En vertu de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, lorsqu'il envisage un projet de réforme qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, le gouvernement est désormais tenu de déclencher une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

apparaissent : d'une part faciliter l'entrée dans l'emploi ; d'autre part « sécuriser » les ruptures de contrat de travail.

1. Faciliter l'entrée dans l'emploi. Pluralité, souplesse et souci de rationalisation des formes d'emploi.

L'accord consacre la pluralité des formes juridiques d'emploi sur le marché du travail, tout en recherchant une régulation de leur usage. Il est affirmé que « le contrat à durée indéterminée est la forme normale et générale du contrat de travail » et on est soulagé à l'idée que le droit du travail est – encore – capable de promouvoir une norme sociale, quitte à aménager des exceptions correspondant à la diversité des besoins dans le mode du travail. Les CDD et l'intérim sont reconnus comme des outils économiquement utiles. Leur usage par les employeurs se fera sous le contrôle du comité d'entreprise. Il est aussi demandé aux pouvoirs publics de « faire le ménage » dans le capharnaüm que représente l'univers des « contrats aidés », liés aux politiques d'insertion professionnelle des publics en difficulté. Les partenaires sociaux en appellent à une simplification et à une rationalisation.

L'accord emporte malgré tout la création d'un nouveau type de CDD sur le mode du « contrat de projet » qui avait été imaginé en son temps par la Commission de Virville⁵⁰. Il s'agit d'un contrat dédié à la réalisation, par des ingénieurs et cadres, de certains projets dont la durée est incertaine. Ce contrat pourra être conclu de manière expérimentale, et selon certaines modalités, pour des durées minimales de 18 mois et 36 mois au maximum.

Est aussi prise en considération la situation spécifique des jeunes. L'idée est d'œuvrer à leur insertion durable dans l'emploi. Cela conduit, entre autres, à obliger l'employeur à prendre en considération la durée du stage professionnel qui aura été effectué dans l'entreprise avant embauche : la période d'essai pendant laquelle le contrat peut être librement rompu sera réduite en fonction de la durée de stage préalablement accomplie dans l'entreprise. Des prestations particulières de la part du service public de l'emploi (accompagnement, allocation spéciale de chômage) sont aussi prévues pour tout jeune de moins de 25 ans qui perd son emploi.

2. « Sécuriser » les ruptures de contrat de travail

Est réaffirmé le principe général selon lequel tout licenciement, dans tout type de contrat, doit être justifié et fondé sur un « motif réel et sérieux » (l'art. 11 de l'accord sonne le glas du CNE). L'accord emporte aussi intensification du devoir d'information de l'employeur envers le salarié en ce qui concerne les éléments de son contrat qui ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié. Il opère une rationalisation du système des indemnités de rupture dues au salarié en cas de licenciement hors faute grave (unification du régime et fixation d'un montant minimum interprofessionnel). On notera aussi une tentative de réhabilitation de la conciliation prud'homale. Ce qui est d'ailleurs frappant, c'est la préférence marquée par les signataires de l'accord pour un modèle de rupture amiable ou au moins concertée, plutôt que pour l'affrontement contentieux dans lequel le juge exerce la plénitude de ses attributions. On l'a vu avec la Rapport Cahuc-Kramarz, le juge est dans la mire et l'accord manifeste clairement une volonté d'encadrement de la réparation judiciaire du licenciement sans cause réelle et sérieuse : y est formulée l'idée de seuil minimum *et* maximum d'indemnités ; l'accord apporte

⁵⁰ M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Paris, Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janvier 2004, 117 p.

en outre un tempérament à la jurisprudence selon laquelle un licenciement non motivé ou insuffisamment motivé par écrit est réputé sans cause réelle et sérieuse.

Un point saillant de l'accord, on vient de le dire, réside dans la volonté de privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail. L'accord distingue deux cas de figure : la « rupture conventionnelle » et la « rupture pour réalisation de l'objet défini au contrat ». Cette dernière figure correspond en réalité à une nouvelle forme de CDD que les partenaires sociaux souhaitent expérimenter (v. supra). La rupture conventionnelle constitue un nouveau mode de rupture du contrat de travail. A la différence de la démission et du licenciement qui sont des actes unilatéraux, elle repose sur le consentement mutuel. Ce mode de rupture est voulu « sécurisé » pour les deux parties : des dispositions visent à garantir la liberté du consentement (possibilité de se faire assister, droit de rétractation dans les 15 jours de la signature de la convention) ; la convention doit être homologuée par l'Administration (le directeur départemental du travail). L'acte ne se réalise donc pas dans le secret d'une simple négociation entre l'employeur et le salarié mais s'inscrit dans un cadre qualifié de « collectif » par l'accord. En principe, l'employeur devrait avoir l'assurance, avec ce mode de rupture, que le salarié ne soulèvera pas de litige, d'autant que ce dernier est en principe « désintéressé » : l'accord prévoit qu'il a droit à une indemnité spécifique, exonérée de prélèvements sociaux et fiscaux, dont le montant ne peut être inférieur à l'indemnité de licenciement prévue par le même accord ; il prévoit aussi que le salarié qui quitte l'entreprise selon ce mode aura droit au versement des allocations de l'assurance chômage dans les conditions de droit commun, ce qui suppose malgré tout que les règles qui gouvernent l'octroi des allocations de chômage intègrent cette idée qu'un salarié qui quitte l'entreprise dans ces conditions est *involontairement privé d'emploi*. Dans un sens, ce nouveau mode de rupture régularise certaines pratiques bien connues consistant, en cas de mésentente entre l'employeur et le salarié, et souhait de ce dernier de quitter « honorablement » l'entreprise, à recourir au licenciement – afin notamment que le salarié accède aux allocations de chômage – tout en signant une transaction par laquelle, moyennant contrepartie financière, le salarié s'empêche d'agir en justice contre l'employeur. Désormais, officiellement, l'assurance chômage prendra en charge ces cas dans lesquels la situation de « sortie de l'emploi » du salarié est au moins en partie imputable à sa volonté. On s'éloigne donc de la théorie initiale du risque de perte involontaire de l'emploi pour s'acheminer – peut-être – vers un système de prise en charge des mobilités.

B. Des recompositions du régime chômage pour sécuriser les parcours professionnels

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail énonce un certain nombre d'objectifs dont la mise en œuvre suppose des modifications, sinon des recompositions, du régime chômage actuel. Il fixe donc un cadre pour la négociation de la convention d'assurance chômage qui doit démarrer au cours du premier semestre 2008.

En premier lieu, il est affirmé que « l'attribution d'un revenu de remplacement aux chômeurs par le régime d'assurance chômage constitue un élément important de la sécurisation des parcours professionnels » (art. 16 de l'accord). Cela pourrait passer pour une formule de style ou une pétition de principe, mais il semble que les partenaires sociaux aient engagé une véritable réflexion sur le modèle à suivre en matière d'indemnisation du chômage : doit-on se caler sur le modèle danois, si souvent mis en exergue, qui octroie des allocations de niveau

élevé pour des périodes qui peuvent être longues⁵¹ ; doit-on plutôt s'inspirer du système britannique qui délivre des allocations de bas niveau pendant une durée courte⁵² ? Manifestement, la « voie française » se veut médiane et l'accord du 11 janvier 2008 formule comme objectif le fait de « mieux indemniser les allocataires pour des durées plus courtes, dans le cadre d'un dispositif conjuguant des mesures personnalisées d'accompagnement vers l'emploi mises en place par le nouvel opérateur de placement et des incitations à la reprise d'emploi ». Ces dernières indications sont tout à fait éclairantes sur le fait que le système est désormais largement activé. L'individu privé d'emploi a droit à des mesures de réinsertion, ce qui suppose des actions positives et efficaces de la part du service public de l'emploi, mais il doit lui-même s'activer et sans doute se plier aux exigences de la réinsertion. On est bien dans la logique des « droits et devoirs réciproques » d'ailleurs explicitement rappelée par l'article 18 de l'accord qui indique que l'efficacité du dispositif requiert des demandeurs d'emploi « une démarche active de recherche d'emploi qui s'inscrit dans une logique des droits et des devoirs réciproques et conduit nécessairement à ce que soient clairement définies, dans le respect de la personne, les modalités de contrôle de l'effectivité de la recherche et la notion d'offre valable d'emploi ». Des carottes et des bâtons, donc. Pour ce qui est des carottes, l'accord formule quelques objectifs qui attestent d'un certain compromis atteint entre patronat et syndicats signataires. Il s'agit globalement d'améliorer l'accompagnement des demandeurs d'emploi – cet objectif est aussi au cœur de la réforme du service public de l'emploi intervenue avec la loi du 13 février 2008 – ce qui suppose à la fois de « contribuer à l'accélération du retour à l'emploi dans un *emploi de qualité* » et de « mieux répondre à la satisfaction des besoins des entreprises ». Il conviendra sans doute de préciser le contenu de la notion d'emploi de qualité. Du côté du bâton, il reviendra aux négociateurs de la prochaine convention d'assurance chômage, et le cas échéant au législateur, de préciser les règles du jeu, tout particulièrement en ce qui concerne le contrôle et les éventuelles sanctions à l'encontre des demandeurs d'emploi.

Un autre aspect de l'accord qui devrait emporter des recompositions du régime chômage réside dans l'objectif visant à « clarifier et articuler la place respective des dispositifs pris en charge par la solidarité nationale et du dispositif assurantiel ». Cette formule générale est assez évasive, alors même que l'enjeu est de taille. Il s'agit en effet « de permettre la prise en charge de nouveaux publics ». Faut-il comprendre que le régime contributif assurantiel serait appelé, dans l'avenir, à prendre en charge des publics qui aujourd'hui relèvent des mécanismes assistantiels⁵³ ? Cela irait dans le sens des revendications, notamment, des associations de défense des chômeurs qui mettent en avant le fait que l'assurance chômage française « couvre » moins de la moitié de la population des sans emplois. Telle ne semble toutefois pas la perspective de l'accord. Les « nouveaux publics » qui sont appelés à être pris en charge par l'assurance chômage sont les salariés qui ont perdu leur emploi suite à une « rupture conventionnelle » et, selon certaines modalités à définir, aux salariés démissionnaires. Il est aussi indiqué que les conditions d'acquisition des droits et d'indemnisation devraient être adaptées aux nouvelles caractéristiques du marché du travail, notamment pour les jeunes rencontrant des difficultés d'insertion durable. La volonté des signataires de l'accord n'est absolument pas de modifier la nature du régime assurantiel ni de

⁵¹ 90% du salaire de référence pendant 4 ans.

⁵² L'allocation du système contributif britannique est forfaitaire (*flat rate*) et se situe à un peu plus de 80 euros par semaine ; elle est versée pendant 6 mois.

⁵³ On pensera notamment au mécanisme de l'allocation spéciale de solidarité (ASS) qui peut être octroyée au chômeur parvenu en fin de droits dans le régime assurantiel ; on pense aussi au RMI qui, bien que ne constituant pas en soi un mécanisme dédié à la prise en charge des chômeurs mais de la pauvreté, constitue de fait un dispositif pour les sans emplois.

l'allocation versée sur base contributive. Il est clairement précisé que « le caractère de revenu de remplacement des allocations ne doit pas être mis en cause » et que « le montant de l'allocation doit correspondre, dans la limite d'un plancher et d'un plafond, à un pourcentage de l'ancien salaire ». En réalité, s'il doit y avoir redéfinition des frontières entre le régime assurantiel et les mécanismes assistantiels, c'est vraisemblablement dans le sens d'une prise en charge par ces derniers des chômeurs que le service public de l'emploi n'aura pas réussi à reclasser. Rappelons que le futur régime assurantiel devrait servir des allocations sur des durées plus courtes.

Qu'en est-il, finalement, de cette « flexisécurité à la française » ? Tout d'abord, on doit dire qu'une vision simplifiée de la flexisécurité pourrait conduire à une politique très clivée selon laquelle la flexibilité serait recherchée sur le terrain de l'emploi, tandis que la sécurité serait réaménagée sur le terrain de la protection sociale et, principalement, dans le domaine de l'assurance chômage. Dans une telle perspective, on aura clairement : un abaissement des responsabilités des entreprises vis-à-vis de l'emploi, d'un côté, et un renforcement de la relation entre l'individu et le service public de l'emploi, voire les autres services sociaux, de l'autre. On l'a vu, la France a été tentée de suivre cette voie et il n'est pas dit qu'au final on n'aboutisse à cela. Tout l'enjeu de la « modernisation », c'est au fond de positionner clairement l'entreprise, le travailleur, les organismes sociaux et l'Etat vis-à-vis de la sécurisation des parcours professionnels. Dans un modèle d'allers et retours (transitions) entre travail et non travail, la règle du jeu doit consister à établir à qui incombe la prise en charge du « hors travail »⁵⁴ et du retour dans l'emploi dans des conditions acceptables. Cela suppose de vastes recompositions des sphères de l'éducation, du travail, de la sécurité sociale, des politiques d'insertion professionnelle et, sans doute, un réexamen des différents canaux de financement des dispositifs et donc de la fiscalité. De ce point de vue, la réponse de l'accord sur la modernisation du marché du travail n'est que partielle et le « chantier » est encore potentiellement ouvert.

⁵⁴ Sur cette notion, v. B. Gazier, *précit.*