

L'accord du 11 janvier 2013 sert-il la cause de l'emploi ?

PAR LES INVITÉS DE MEDIAPART

ARTICLE PUBLIÉ LE VENDREDI 18 JANVIER 2013

Raphael Dalmasso, maître de conférences à l'université de Nancy, **Bernard Gomel**, chercheur au CNRS, **Dominique Méda**, professeure à l'Université Paris-Dauphine, et **Evelyne Serverin**, directrice de recherches au CNRS, tous associés au **centre d'études de l'emploi (CEE)**, reviennent sur l'accord sur la sécurisation de l'emploi, signé le 13 janvier 2013 par les partenaires sociaux sans la CGT et FO. Une réforme de plus visant à faciliter les ruptures de contrat et à déjudiciariser les relations sociales comme ce fut le cas avec la rupture conventionnelle, le dispositif-phare de la loi sur la modernisation sociale de 2008. Ainsi, indiquent les auteurs, ce qui était recherché et est arrivé avec la rupture conventionnelle va se produire avec les dispositions réformant les licenciements collectifs.

L'objectif de l'accord du 11 janvier 2013, tel que le présente son intitulé se veut ambitieux, voire « *historique* », puisqu'il propose rien moins qu'un nouveau modèle : « *un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés* ». La compétitivité est donc présentée comme un objectif partagé par toutes les parties prenantes, vers lequel convergeraient toutes les mesures, qu'elles soient en faveur des salariés ou des entreprises. A l'analyse des différentes parties du texte [v. encadré], il apparaît de fait bien difficile de distribuer les gains et les pertes entre chaque partie. En réalité, l'accord repose sur un objectif principal ou prioritaire, qui imprègne l'ensemble des dispositions, celui de limiter les recours contre les décisions des entreprises, pour éteindre, ou au moins réduire considérablement, toute source de contentieux. Mais pourquoi accorder une telle importance au contentieux ?

Pour comprendre une telle focalisation, il faut d'abord rappeler que cette manière d'orienter la « *modernisation* » de notre « *modèle économique et*

social » n'est pas née de la dernière crise. Elle a déjà inspiré deux grandes innovations : le Contrat Nouvelles Embauches, promu par le gouvernement Villepin en 2005 comme levier d'une politique de développement de l'emploi et de lutte contre le chômage et la Rupture conventionnelle homologuée des CDI (RC), créée par l'ANI de 2008 sur la modernisation du marché du travail pour pacifier les ruptures. L'accord de 2013 multiplie les dispositions écartant le juge, à la fois dans le contrôle du motif économique, et dans l'appréciation des indemnités de rupture. D'une crise à l'autre, les justifications économiques de l'évitement du contentieux se sont déplacées, sans perdre de leur vigueur.

La place du risque contentieux dans les précédentes réformes du contrat de travail

Le CNE ou l'évitement de la motivation du licenciement

Le contrat « nouvelles embauches » (CNE) a été mis en place par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 : il constituait le point central d'un plan d'urgence annoncé dans un contexte de dégradation de l'emploi par le nouveau Premier ministre Dominique de Villepin dans son discours de politique générale. Pour la première fois, une mesure visait à réduire les réticences des employeurs à recruter, en prenant au sérieux les difficultés à licencier dont ils faisaient état, thèse appuyée par certains travaux économiques qui imputaient d'abord la durée du chômage ensuite la segmentation du marché du travail et le grand nombre de CDD à la rigueur de la protection de l'emploi (thèses soutenues depuis le début des années 1990 par l'OCDE (cf. Jérôme Gautié, 2004, Faut-il taxer plutôt que réglementer les licenciements ? », http://www.cee-recherche.fr/fr/publicationspdf/c_emploi5.pdf).

Le CNE s'adressait aux très petites entreprises (vingt salariés au plus) ; un certain nombre de garanties entourant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (CDI) étaient suspendues. En particulier, l'employeur n'avait plus à motiver par écrit le licenciement pendant les deux premières années dites de consolidation de l'emploi. En contrepartie, le

salarié dont le contrat aurait été rompu pendant la période de consolidation bénéficiait d'une indemnité de rupture spécifique de 8 %, d'un accompagnement renforcé et un régime d'indemnisation spécifique.

Le CNE a été présenté par le Gouvernement Villepin lui-même comme la première expérimentation en France de la flexicurité, cette nouvelle stratégie supposée réconcilier sécurité et flexibilité, vantée à l'époque par le rapport rendu à Nicolas Sarkozy, encore ministre de l'économie par deux économistes, Pierre Cahuc et Francis Kramarz. La suspension des motifs de licenciement - permettant de renvoyer la personne sans préciser aucun motif (flexibilité) - devait être contrebalancée par le versement d'une prime de rupture et par un accompagnement renforcé, accordés aux personnes dont le contrat avait été rompu prématurément (sécurité).

L'enquête que nous avons menée auprès de salariés ayant été embauchés en CNE (Dalmasso, Gomel, Méda, Schmidt, 2007, Le CNE : retour sur une tentative de flexicurité, CEE, Connaissance de l'emploi n°49, décembre http://www.cee-recherche.fr/fr/connaissance_emploi/cne_ce49.pdf) avait fait apparaître la fréquence des manquements aux obligations des employeurs au moment de la séparation. La prime de rupture avait été rarement versée et aucun texte officiel n'était même venu organiser un éventuel accompagnement renforcé des personnes. Pire : le CNE avait dans beaucoup des cas contribué à dégrader les relations de travail, certains employeurs se servant de la menace de renvoi facilité dans la période de deux ans pour imposer des situations à la limite du droit du travail voire complètement illégales.

L'Organisation internationale du travail (OIT) déclarera le CNE non conforme à la convention n°158 ratifiée par la France, mettant ainsi fin à l'expérience ainsi qu'à l'évaluation de ses résultats. L'expérimentation de ce contrat a mis en évidence d'une part, le fait que, dans les mesures dites de « flexicurité », le volet sécurité peut être oublié une fois les dispositions relatives à la flexibilité mises

en place et, d'autre part, le fait que la facilitation de la rupture contribue à dégrader les conditions de travail, certains employeurs étant incités, par de telles mesures, à se séparer le plus rapidement possible des salariés plutôt qu'à améliorer les conditions d'exercice du travail et de l'emploi.

La RC, ou la valorisation des ruptures sans conflit

La rupture conventionnelle, réclamée depuis plusieurs années tant par la Commission de Virville (en 2004) que par le Medef – par la voix de sa présidente (notamment dans son ouvrage intitulé *Besoin d'air* en 2007), avait été finalement acceptée par une partie des syndicats de salariés au motif qu'elle permettrait également de sécuriser les mobilités des salariés en permettant à ceux-ci d'accéder à l'assurance chômage. Cette forme de rupture requiert le double consentement de l'employeur et du salarié et une homologation administrative de la convention, limitant considérablement les risques de contestation. Le recours à la rupture conventionnelle s'est considérablement développé depuis sa mise en œuvre à la mi-2008 (25 000 RC en moyenne par mois en 2012), jusqu'à devenir le troisième mode de rupture des CDI (13,4%), après la démission et le licenciement pour motif personnel. Les raisons de l'acceptation par les salariés de ce type de rupture sont par définition impossibles à appréhender par la statistique dans la mesure où la RC se caractérise par le fait qu'il n'est pas nécessaire de donner un motif à la séparation. Seule une enquête auprès des parties permet donc d'en savoir plus.

L'enquête que nous avons conduite auprès d'une centaine de salariés sur les circonstances de la rupture et les usages de ce dispositif pour la cFDT en juillet 2012 apporte des éclairages sur les « *raisons de rompre* » (Dalmasso, Gomel, Méda, Serverin, Les raisons de rompre un CDI par rupture conventionnelle, Centre d'études de l'emploi, Connaissance de l'emploi n°97, octobre 2012 ; http://www.cee-recherche.fr/fr/connaissance_emploi/97-raisons-rompre-cdi...). A peine un quart des 101 entretiens que nous avons menés auprès de salariés ayant signé une rupture conventionnelle en novembre 2010 correspond au

modèle idéal de la mobilité voulue. En revanche, plus d'un tiers des personnes évoquent des situations de « *prise d'acte* » : leur situation est devenue tellement difficile qu'elles ne peuvent plus se maintenir dans l'entreprise. De nombreux cas (44 sur 101) présentent de grandes similitudes avec des licenciements (pour motif économique ou pour motif personnel), parmi lesquels certains n'auraient certainement pas été reconnus comme fondés au terme d'une démarche contentieuse.

Cependant, les salariés interrogés se déclarent satisfaits à une forte majorité, et ce, quel que soit le modèle de rupture : démission, licenciement, prise d'acte, alors même que les trois quarts d'entre eux sont encore inscrits à Pôle Emploi six mois après leur RC : la cause principale est qu'ils ont bénéficié des revenus de remplacement. Dans les cas qui ressemblent à des licenciements, ils disent ne pas s'être battu pour se faire licencier plutôt que de signer une RC tant le processus de contestation du licenciement leur semble long et aventureux. Ils semblent donc avoir intégré l'idée de la difficulté de contester judiciairement la rupture, et avoir échangé sans regret les droits au chômage contre leur droit d'agir en justice. L'objectif de pacification ou la déjudiciarisation de la rupture a donc bien été atteint. Le contentieux de la RC est en effet aujourd'hui quasi inexistant, et par effet de substitution avec le licenciement, c'est tout le contentieux prud'homal qui connaît une forte réduction depuis 2010.

Mais cette rupture ne présente pas que des avantages. Elle facilite le départ de salariés qui n'auraient pas du être licenciés. Elle exclut ceux qui auraient pu obtenir des indemnités plus avantageuses, ou l'accès à des dispositifs spécifiques ou à un reclassement de leur bénéfice. Elle est défavorable aux salariés qui restent dans l'entreprise, et plus généralement à la qualité générale de l'emploi en France en éludant le débat sur les conditions de travail. Au lieu d'inciter à la mise en œuvre de mesures d'amélioration des conditions de travail le dispositif incite à pousser celui-ci dehors au plus vite et d'une certaine manière incite ce dernier à s'exfiltrer. On peut se demander si cette accélération du processus et cette facilitation du départ

n'a pas, en fin de compte, un effet négatif sur le volume et la qualité des emplois. Autrement dit, l'intérêt individuel du salarié qui consent à la rupture n'est pas nécessairement en phase avec l'intérêt collectif, avec la cause de l'emploi.

L'ANI du 11 janvier 2013, ou la sécurisation des licenciements dans tous ses états

Dans un contexte beaucoup plus dégradé, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 prolonge l'esprit de celui du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, qualifié de premier accord interprofessionnel sur la flexicurité. Si on compare les deux accords du point de vue des avantages échangés, on constate cependant une différence de taille : le premier facilitait les ruptures sans licenciement et les fins de contrat ; le second s'attache à limiter l'intervention du juge judiciaire, à la fois dans la critique des décisions de l'employeur (licenciement économique collectif), et dans l'indemnisation (pour tous les licenciements).

Le licenciement économique collectif sans contrôle judiciaire

L'accord interprofessionnel de 2008 avait surtout innové en matière de fin de contrat : allongement des périodes d'essai, création d'un CDD à objet défini, du portage salarial, et surtout, de la rupture conventionnelle. L'accord de 2013 innove peu en matière de fin de contrat (expérimentation d'une extension du contrat de travail intermittent, abandon de la création du CDI de projet), mais préserve de toute contestation le licenciement économique. Le MEDEF a négocié ce nouvel ANI avec la même préoccupation de flexibilité mais appliquée cette fois au licenciement économique (collectif) : obtenir une « *sécurisation* », c'est-à-dire une déjudiciarisation du licenciement pour motif économique, au plan collectif comme au plan individuel.

Alors que la suppression de l'autorisation administrative de licenciement était perçue comme une victoire en 1986 (avec la promesse, bien imprudente, de création de plusieurs centaines de milliers d'emplois[1]), l'accord de 2013 veut protéger le licenciement des incursions du juge judiciaire.

Dorénavant, un accord d'entreprise pourra s'affranchir des règles inscrites dans le code du travail concernant la procédure de licenciement économique, l'ordre des licenciements et le contenu même du PSE. Si les contestations en justice demeurent (avec une réduction des délais de contestation), - et ne pourraient de toute façon pas être totalement supprimées -, l'objectif est de dissuader en pratique l'action en justice par l'existence d'une forme de « *caution* » syndicale de la mesure. De plus, en cas d'absence d'accord d'entreprise, l'accord du 11 janvier prévoit une bien curieuse procédure d'homologation administrative préalable du PSE. *A priori*, ce retour quarante ans en arrière n'apparaît guère favorable aux employeurs. Il l'est pourtant, l'homologation administrative (et non le contrôle administratif) d'ores et déjà pratiquée lors des ruptures conventionnelles s'avérant des plus légères. L'accord impose de plus des conditions assez strictes à la Dirrecte : en cas de refus d'homologation, celui-ci doit être motivé, et dans ce cas, l'entreprise peut remettre un autre document à l'homologation. De plus, le délai de réponse de l'administration est strictement fixé, en fonction du nombre de licenciements : 2 mois pour 10 à 99 salariés jusqu'à 4 mois pour les licenciements de 250 salariés et plus.

L'accord comporte également des dispositions visant à échapper à la procédure de licenciement économique. La facilitation des mobilités internes, la simplification annoncée des dispositifs d'activité partielle, et les accords dits de maintien dans l'emploi permettent de faire diminuer les effectifs de manière plus ou moins discrète, progressive, et sans contestation parce que sans licenciement économique collectif. En effet, le recours à l'activité partielle, depuis 40 ans une alternative aux licenciements, va être facilitée par l'accord alors que des travaux[2] montrent qu'en pratique un salarié au chômage partiel a de grandes probabilités, à l'issue de la suspension de son contrat, de subir un licenciement économique. Le chômage partiel est un amortisseur social qui dissuade souvent les salariés de contester la rupture de leur contrat.

De même pour les accords de maintien dans l'emploi, accords d'entreprises d'une durée maximale de deux ans. Ils pourront, en cas de graves difficultés

conjoncturelles, modifier substantiellement le salaire et/ou le temps de travail des salariés. En contrepartie, pendant la durée de l'accord, l'employeur ne pourra pas licencier pour motif économique les salariés concernés, et devra prévoir « *un partage du bénéfice économique* » à son terme. Comme pour le chômage partiel, le dispositif se présente comme une protection temporaire de l'emploi. Et surtout, l'accord prévoit dorénavant que le salarié refusant la baisse de salaire et/ou du temps de travail pourra être licencié sans contestation possible des motifs du licenciement. Et que lorsque les conditions d'un licenciement économique collectif seront rassemblées, la procédure prévue dans ce cas ne sera pas applicable. On peut d'ores et déjà douter de la validité d'une telle disposition au regard du droit communautaire et des conventions de l'OIT... En attendant la mise en œuvre de cette disposition, l'employeur peut certes licencier le salarié qui refuse ce type de modification de son contrat de travail mais uniquement pour motif économique, avec l'obligation d'en justifier le motif.

Enfin, concernant enfin « *les mobilités internes* », le contrat de travail est également fortement fragilisé. Les entreprises lançant une réorganisation assortie de mobilités interne sans licenciement n'ont plus à engager la procédure de licenciement économique collective, et notamment le cas échéant celle relative au PSE. Elles devront lancer une négociation sur les conditions de mobilités professionnelle ou géographique interne. En cas de refus de mobilité, le salarié pourra être licencié pour motif personnel, l'accord sous-entendant ainsi que ce refus constitue une faute. Ce dispositif permet donc d'imposer des mobilités internes aux salariés, et surtout évite encore une fois à l'employeur d'avoir recours au droit du licenciement économique.

Tous ces dispositifs pris ensemble font perdre au salarié beaucoup de possibilités de contester une altération pour motif économique de son contrat de travail. En cas de refus, la rupture n'est souvent plus qualifiable de licenciement économique. Il s'agit ici d'une mutation sans précédant dans le droit des ruptures des contrats.

Limiter les pouvoirs d'appréciation des juges en matière d'indemnisation des ruptures

Lorsque le juge n'a pu être évité, il faut s'efforcer d'obtenir une limitation des sommes versées au salarié. Dans sa version de décembre 2012, l'accord comportait plusieurs mesures destinées à limiter la « valeur » des litiges. Les signataires demandaient que soit inscrite dans le code du travail la règle selon laquelle : « *sans préjudice des sanctions prévues par la loi applicable, une irrégularité de forme ou de procédure ne peut faire obstacle à la validité ou à la justification de l'acte ou de la mesure en cause* ». Ils ajoutaient que « *sans remettre en cause le droit pour le salarié de connaître les motifs de son licenciement et de faire valoir ses explications, ni l'interdiction pour l'employeur d'évoquer d'autres motifs que ceux contenus dans la lettre de licenciement, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, sans se limiter à la seule formulation des motifs figurant dans la lettre de licenciement, après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles, visant notamment à s'assurer du respect des droits de la défense* ». De ces dispositions qui affaiblissaient les droits des salariés sans contrepartie visible, n'a été conservée que celle sur la conciliation prud'homale, qui échange la rapidité d'une indemnisation contre la renonciation à réclamer la réparation intégrale. En effet, nous l'avons souligné ailleurs, le temps de la procédure joue contre le salarié, demandeur dans 98% des procédures, et les excès de durée sont tels que l'Etat a fait l'objet de plusieurs condamnations pour déni de justice (E. Serverin, (2012), « Le procès des délais de procédure prud'homale

» *Revue de droit du Travail*, 10, septembre, p 471).

L'article 25 de l'accord, intitulé « Faciliter la conciliation prud'homale », tire argument de cette durée pour inciter le salarié à accepter une conciliation forfaitaire.

« *En cas de contentieux judiciaire portant sur la contestation du licenciement, les parties peuvent, lors de l'audience devant le Bureau de Conciliation, choisir de mettre un terme définitif au litige qui*

les oppose en contrepartie du versement, par le défendeur au demandeur, d'une indemnité forfaitaire calculée en fonction de l'ancienneté de ce dernier, et ayant le caractère social et fiscal de dommages et intérêts. Cette indemnité forfaitaire vaut réparation de l'ensemble des préjudices liés à la rupture du contrat de travail, et son montant est fixé à : entre 0 et 2 ans d'ancienneté : 2 mois de salaire - entre 2 et 8 ans d'ancienneté : 4 mois de salaire - entre 8 et 15 ans d'ancienneté : 8 mois de salaire - entre 15 et 25 ans d'ancienneté : 10 mois de salaire - au-delà de 25 ans d'ancienneté : 14 mois de salaire La conciliation intervenue en cette forme a, entre les parties au litige, autorité de la chose jugée en dernier ressort. »

Pour faciliter ces accords, le même article prévoit que « *Toute demande portée devant les prud'hommes est inscrite au rôle du bureau de conciliation dans les deux mois de son dépôt au greffe* ». Cette disposition étonnante vise à affaiblir la mission conciliatoire du bureau de conciliation. La Cour de cassation considère en effet que « *La conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles, en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs* ». (Cass. Soc 28 mars 2000, Durafrond c/ Martin & CFDT.). Le juge conciliateur ne sera plus désormais qu'un juge homologateur tenu par un barème. Cette situation est totalement dérogatoire au droit commun de la réparation des dommages, et au droit commun des transactions, qui implique des concessions réciproques. On voit mal ce qui la justifierait dans ce domaine particulier, et une telle disposition ne pourrait être que jugée discriminatoire entre les salariés, selon qu'ils transigent hors, ou devant le bureau de conciliation.

A cette forte incitation à accepter au plus vite une transaction, l'accord ajoute une surveillance accrue dans l'allocation de dommages-intérêts par le juge: « *A défaut de conciliation, l'affaire est portée devant le bureau de Jugement, qui doit former sa conviction*

au vu des éléments fournis par les parties, et justifier du montant des condamnations qu'il prononce en réparation du préjudice subi par le demandeur ». Encore s'agit-il là d'une version édulcorée de la transaction. Dans sa formulation initiale, le texte prévoyait que « dans une entreprise de plus de 10 salariés, l'indemnité octroyée par le juge sans être inférieure aux salaires des six derniers mois, ne puisse excéder certaines sommes. C'était là reprendre le projet, non abouti dans l'ANI précédente, de « travailler avec les pouvoirs publics à la possibilité de fixer un plafond et un plancher au montant des dommages et intérêts susceptibles d'être alloués en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

L'évolution des argumentaires sur le risque contentieux

Si le contentieux a toujours occupé une place importante dans l'argumentaire économique sur l'emploi, on peut noter un infléchissement dans la critique. En effet, avant la crise, le contentieux était présenté comme un obstacle à la création d'emplois. Avec la crise de 2008, le contentieux est décrit comme un obstacle au maintien de l'emploi.

Le contentieux des licenciements comme frein à la création d'emplois

On peut se demander pourquoi, dans une période où le chômage est si élevé et les ruptures si fréquentes le fait de rendre ces dernières encore plus faciles permettrait d'améliorer la situation de l'emploi... Pour certains travaux d'économistes (et en premier lieu ceux de l'OCDE), il y a cette idée, répétée ad nauseam, que les employeurs n'embauchent pas de crainte de ne pas pouvoir rompre le contrat de travail. La crainte de voir les licenciements contestés en justice expliquerait donc les hésitations des entreprises à embaucher et finalement, conduirait à un taux plus élevé ou une durée plus longue de chômage de certaines populations ou à l'explosion du recours au CDD. Soustraire l'entreprise au « risque contentieux » constituerait donc la voie royale pour créer des emplois, principalement à durée indéterminée.

Cet argumentaire a été développé de très nombreuses fois au cours des vingt dernières années. Dans les années 90, l'OCDE, notamment dans sa *Job's Study* de 1994, avait mis en évidence les recommandations essentielles que les pays développés devaient suivre pour sortir de la crise : baisser les salaires, supprimer la protection de l'emploi, rendre les marchés du travail plus flexibles, engager des réformes structurelles du marché du travail, et prioritairement réduire la protection de l'emploi (c'est-à-dire les règles encadrant le licenciement) de manière à pouvoir tenir leur rang dans la compétition internationale. En 2003, Olivier Blanchard et Jean Tirole reprenaient l'idée dans un rapport du CAE sur le licenciement : « *Les entreprises se plaignent non seulement du coût direct des licenciements, mais aussi de la complexité et de l'incertitude liées aux règles en vigueur. Selon elles, les institutions actuelles les empêchent de s'ajuster aux mutations technologiques et aux rapides changements de demande qui caractérisent les économies modernes. Cette perte d'efficacité et les surcoûts qu'elle implique, disent-elles, découragent la création d'emplois.* »

Les auteurs en tiraient deux recommandations : « [...] une simplification du processus administratif et une diminution du rôle des instances judiciaires dans le processus de licenciement [...]. Les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention. Si l'entreprise reconnaît l'acte de licenciement et est prête à en supporter les coûts, le rôle du juge doit alors être confiné à la vérification de la procédure ».

En 2004, dans le chapitre 2 des *Perspectives de l'emploi*, l'OCDE s'interrogeait : « *La question centrale est de savoir comment concilier d'une part, la nécessité pour les entreprises de s'adapter à la constante évolution de leur environnement économique, et d'autre part, une certaine sécurité de l'emploi pour les travailleurs. Les réglementations relatives à la protection de l'emploi ont-elles un impact sur la politique de recrutement et de licenciement des entreprises et cet impact est-*

il différent selon les groupes démographiques ? L'existence de telles réglementations explique-t-elle l'importance du recours au travail temporaire dans certains pays ? ». La réponse était selon l'institution positive, l'indicateur de rigueur de la législation sur la protection de l'emploi (LPE) montrant selon elle que la « *LPE tend à endommager les perspectives de retour à l'emploi des chômeurs, allongeant ainsi la durée des épisodes de chômage. En effet, lors des décisions d'embauche, les employeurs tiennent compte du fait qu'ils pourraient, dans le futur, avoir à supporter des coûts de licenciement* ». Or l'approche en terme de LPE se fonde sur une méthode de droit comparé approximative, conduisant à une opposition caricaturale entre les droits des pays d'Europe du Sud par rapport à ceux des pays anglo-saxons (Dalmasso et Kirat, « Comparer, mesurer, classer, l'art périlleux de la léximétrie du licenciement », Travail et Emploi 2009).

En 2004 encore, Pierre Cahuc et Francis Kramarz, s'appuyant sur le diagnostic de Blanchard et Tirole, et de l'OCDE, produisaient à la demande du Ministre de l'économie d'alors, Nicolas Sarkozy, un rapport intitulé : de la précarité à la sécurité sociale professionnelle. Deux grandes mesures étaient proposées pour mettre un terme à la segmentation du marché du travail: la taxation des licenciements et un contrat unique. Pierre Cahuc sera aussi l'un des experts auquel la Commission européenne confiera la réalisation du rapport qui conduira à l'adoption de la flexicurité comme cœur de la stratégie européenne pour l'emploi en juin 2007. Selon ce rapport, il ne faudrait pas s'opposer à la destruction des emplois non rentables mais au contraire aider la main d'œuvre à rejoindre les nouveaux emplois, rentables et modernes (selon le principe du déversement ou de la destruction créatrice d'emploi). D'où la référence au modèle danois censé concilier flexibilité (le licenciement serait facile) et sécurité (les salariés seraient accompagnés par un service public de l'emploi performant et incités par des politiques actives de l'emploi à se porter vers les nouveaux emplois). Une présentation discutable, comme est discutable l'assertion du risque contentieux

à licencier pour motif économique (Gomel, Méda, Serverin, Le licenciement pour motif économique est-il risqué en France ? CEE, Connaissance de l'emploi n°72, septembre ; http://www.cce-recherche.fr/fr/connaissance_emploi/72-licenciement-econo...).

Le contentieux du licenciement économique comme obstacle au maintien de l'emploi

A la différence du CNE et de l'ANI de 2008, l'accord de 2013 est essentiellement « défensif », et insiste sur le *maintien de l'emploi* dans la crise. L'objectif de *développement de l'emploi* n'est pratiquement plus évoqué. Il ne s'agit donc plus de favoriser la création d'emplois en permettant de faciliter les ruptures considérées comme inéluctables. Le cadre général qui inspire les nouveaux « moyens » unilatéraux dont l'employeur a besoin et que la partie patronale a réclamé de façon unanime, est moins ambitieux : mettre à niveau européen le modèle économique et social français. A la question générale des ruptures d'emploi se substitue le licenciement économique (collectif), c'est-à-dire la question de la suppression d'emplois. Les économistes Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo ont récemment repris à nouveaux frais l'argument du juge ennemi de l'emploi : « *La jurisprudence française en matière de droit du travail fait en effet peser sur le licenciement économique un contrôle fort allié à une importante insécurité juridique, comparé à nos principaux partenaires européens. La France est le seul pays où le juge apprécie la validité d'un licenciement au regard de la compétitivité de l'entreprise concernée* » (Les juges et l'économie, une défiance française, Institut Montaigne). Jacques Freyssinet, économiste auteur de la synthèse de référence sur 50 ans de négociations de l'emploi (Négocier l'emploi, éditions Liaisons sociales, 2010), présente ainsi la question de la rigidité du marché du travail en France : « *Ce qui gêne les employeurs, ce sont les procédures de licenciement économique qu'ils jugent trop longues et trop risquées juridiquement. C'est le seul point où il reste une rigidité sur le marché du travail français. C'est effectivement un problème, mais qui est dû au refus du patronat de négocier en amont des restructurations avec les IRP. (...) Le seul*

moyen de se faire entendre pour les syndicats en cas de plan social est de jouer l'obstruction et de se lancer dans une bataille dans une bataille juridique pour faire respecter les procédures » (Alternatives économiques n°320, janvier 2013). Le contentieux lié au licenciement économique est pourtant numériquement peu important, avec de bonnes probabilités pour l'employeur de gagner en justice[3]. De plus, de l'arrêt SAT[4] à l'arrêt Viveo[5] la Cour de cassation a veillé depuis plus de dix ans à cantonner l'office du juge dans l'appréciation des choix de gestion entrepreneuriaux. L'insécurité juridique soulevée est donc en réalité faible.

Si la main d'œuvre doit s'ajuster en temps réel aux besoins des entreprises, aucun obstacle ne devrait se dresser face aux décisions d'embauche et de rupture des employeurs. Pour convaincre les salariés qu'il est de leur intérêt de renoncer au contentieux, les promoteurs des réformes promettent des garanties en contrepartie. Ainsi naissent les termes de l'échange, résumés dans l'oxymore de flexicurité, reposant sur un triptyque : flexibilité interne dans le travail, flexibilité externe du contrat de travail, allocation de droits aux salariés quittant l'entreprise.

Cette formule d'échange de type transactionnel n'est pas nouvelle. Elle trouve sa première occurrence en France avec la loi sur les accidents du travail du 9 avril 1898, présentée alors comme une « transaction » entre les droits des ouvriers et des patrons : des droits sociaux pour les ouvriers, contre la renonciation à agir contre l'employeur. Elle a été ensuite réutilisée avec les droits des salariés dans le licenciement économique. Dès 1986, les conventions de conversion acceptées valent rupture d'un commun accord. Ces conventions vont évoluer, et prendre, suivant les époques, la situation géographique et la taille de l'entreprise, la forme d'autres dispositifs (convention de reclassement personnalisé, congé de reclassement, contrat de transition professionnelle). Leur généralisation sous la forme du Contrat de sécurisation professionnelle (loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011), avec le même objectif d'accompagner le salarié après la rupture du contrat pour favoriser le reclassement externe, a fait suite à un ANI unanime du 31 mai. L'accord

de 2013 prolonge ce mouvement en apportant des garanties au salarié qui sort, ou envisage de sortir de l'entreprise : en matière de couverture complémentaire santé, d'assurance-chômage, de formation, de congé mobilité...

Plus de 25 ans après la convention de conversion, les dispositifs facilitant le reclassement externe des salariés demeurent perçus par le législateur et les partenaires sociaux comme des mécanismes généreux et consensuels, nonobstant leur coût direct ou indirect pour l'Etat. L'ANI de 2013 ne déroge pas à la tradition. Nombre des prétendus « *droits nouveaux* » obtenus par les salariés en 2008, comme en 2013, apparaissent à l'analyse n'être que la faible contrepartie de leur renonciation à défendre la cause de l'emploi.

[1] Gautier J., 1987, « Du dirigisme à une économie de liberté », *Droit Social*, p.279)

[2] (Calavrezo O., Duhautois R., Walkowiak E., 2009, « Chômage partiel et licenciements économiques », Centre d'études de l'emploi, *Connaissance de l'emploi* n° 63)

[3] E. Serverin, B. Munoz-Perrez, *Le droit du travail en perspective contentieuse, 1993 2004, rapport remis au ministère de la justice.*

[4] Cass. Ass. Plen. 8 décembre 2000, *Bull. Ass. plén* n° 11.

[5] Cass. soc., 3 mai 2012, n°11-20741.