

RÉFORMES DU MARCHÉ DU TRAVAIL : UN PROCESSUS SANS FIN

Pierre Dulmet

Avocat en droit du travail, cabinet Dulmet-Dorr

Philippe Guimard

Socio-économiste

Rapport final

Décembre 2025

Rapport de recherche financé par l'Agence d'objectifs de l'IRES dans
le cadre d'une convention avec la CGT - Force Ouvrière

SOMMAIRE

Introduction.....	7
Partie I – Cadrage macroéconomique et théorique des réformes du marché du travail.....	10
Chapitre 1 - Les grandes tendances de l'évolution du droit du travail en longue période ..	10
Droit du travail et Code du travail : des coupables idéaux.....	13
1/ La complexité du droit du travail	13
2/ L'inadaptation du droit du travail aux mutations du travail	14
3/ Le coût économique du droit.....	16
4/ Code du travail et PME.....	18
Chapitre 2 – Mondialisation, division internationale du travail et primat de la compétitivité	19
1/ Mondialisation et emploi : des tensions croissantes.....	19
2/ La division internationale du travail : inflexions et renouvellement des enjeux	23
La division internationale du travail	24
Des inflexions complexes.....	25
Le débat libre échange / protectionnisme revisité ou la résurgence des « guerres commerciales »	29
3/ La compétitivité avant tout.....	30
Aux origines d'un concept gazeux	31
La construction d'un consensus	32
Le nœud de la compétitivité érigé en enjeu principal	34
Compétitivité et néolibéralisme	37
Chapitre 3 - Eclairages sociologiques et socioéconomiques autour de la flexibilité.....	40
1/ Une notion protéiforme et plurielle	40
Flexibilité quantitative interne	40
Flexibilité quantitative externe.....	41
Flexibilité qualitative interne.....	41
Flexibilité qualitative externe	42
2/ Les impacts de la flexibilité sur la gestion du travail salarié	44
Les principaux modèles de Gestion des Ressources Humaines (GRH)	44
Les formes réseaux.....	45
Les effets de la flexibilité sur le plan social	46
Une vision plus globale et bilatérale des effets pervers de la flexibilité	47
La notion de flexicurité.....	48

Chapitre 4 - Les réformes du marché du travail : entre pressions économiques et contraintes européennes	50
1/ Les évolutions du cadre théorique dans les années 1980	50
2/ Une brève histoire politique du chômage ou le sacrifice volontaire de l'emploi.....	53
3 / une évolution convergente des modèles sociaux en Europe.	54
4/ Construction européenne et réformes du travail	56
Le cadre européen des réformes du marché du travail	57
Les pistes vers la promotion de la flexicurité	58
La gouvernance économique européenne	59
Le semestre économique européen.....	60
Un cadre macroéconomique contraint	63
Les risques démocratiques	64
Partie II - L'impact des réformes du marché du travail.....	66
Effets concrets sur la pratique du droit du travail et la défense des salariés	66
Chapitre 1 - Les ferments juridiques de l'instabilité de l'emploi et des inégalités croissantes entre salariés	66
1/ Focus sur les dernières réformes du droit du travail	66
Le licenciement corseté par la barémisation : quelques apports récents de la recherche.....	68
Les effets du barème Macron.....	69
Relations professionnelles : les effets des réformes sur la capacité à négocier des salariés et de leurs représentants	69
Conclusion intermédiaire	71
2/ Le développement massif des contrats courts	72
Aux sources de la précarité : les contrats courts au cœur de l'instabilité de l'emploi. 72	
Les modes d'entrée dans l'emploi et sur le marché du travail	73
Périmètre des contrats courts : définition, dénominateurs communs et durée	75
L'extension du CDI, une résultante du besoin patronal de stabilisation de la main d'œuvre	78
Le bonus /malus pour lutter contre les contrats courts... au risque de leur banalisation	79
Le recours aux contrats courts par les entreprises : le point de vue d'un praticien	80
A. En cas de recours abusifs, à quelles conditions la requalification en CDD est-elle possible ?	81
B. Etude de cas des contentieux – l'exemple des instituts de sondage	82
Chapitre 2 – L'impact des réformes du marché du travail sur les relations collectives de travail	85

1/ Les inflexions du droit en matière de négociation collective	85
2/ Les restructurations : un phénomène au cœur des régulations de l'emploi et du travail	87
Questionner les processus de restructuration	88
Une mise en perspective historique	90
3/ Les dispositifs de restructuration et de réorganisation : des options multiples au service des employeurs	93
Une cartographie des dispositifs	94
Les principaux traits distinctifs des dispositifs	95
Les fondamentaux du PSE : droit au reclassement, égalité de traitement et motif économique.....	96
Les modalités de contrôle des accords par l'administration.....	98
4/ Le licenciement pour motif économique.....	98
Repères chronologiques	98
Motif économique : une appréhension tortueuse et opaque des difficultés économiques	100
Le reclassement : à la recherche du groupe et du périmètre pertinent	102
La notion de permutabilité.....	103
Les composantes du motif économique	104
Un recul du nombre de PSE.....	106
Quelle évolution du contentieux ?	107
La contestation du motif économique : une voie rare et socialement construite .	107
De nouvelles voies de contournement du motif économique.....	108
5/ Focus sur les accords de performance collective (APC).....	109
Chapitre 3 - L'impact des réformes du marché du travail sur les relations individuelles de travail : licenciement pour embaucher ?.....	120
1/ Contester un licenciement, est-ce encore possible ?	121
La fonte des délais de prescription.....	121
L'évolution de la motivation de la rupture.....	122
2/ La sanction du licenciement abusif rabotée	125
3/ La justice sans tête	131
Conclusion	133
Bibliographie	137

Introduction

L'enchaînement des réformes du marché du travail depuis une vingtaine d'années a de quoi donner le tournis. Depuis le déclenchement de la crise de 2008, les réformes du marché du travail se sont en effet accélérées en Europe, encouragées par les nouvelles procédures de gouvernance économique. Le droit du travail a ainsi subi de nombreuses modifications dans l'ensemble des pays européens. Sont en particulier visées les restrictions de prestations sociales, les réformes du marché du travail, la flexibilisation des contrats, les politiques salariales et la négociation collective.

Un article paru dans la Chronique internationale de l'IRES (Schöman, 2015) mettait bien en lumière l'ampleur des réformes mises en œuvre, suivi en 2017 par un numéro spécial entièrement consacré au sujet et intitulé « *Des réformes du marché du travail, pour quelles performances* ».

Une décennie plus tard, l'emballlement d'un processus qui semble sans fin nous semble particulièrement intéressant à étudier en consacrant une recherche aux inflexions profondes du droit du travail en France qui entendent bousculer les régulations du travail et de l'emploi en modifiant le fonctionnement du marché du travail.

Cette étude se propose ainsi de faire un état des lieux des réformes mises en œuvre en France au cours de cette même période. Souvent caricaturée par la pensée libérale comme rigide, segmenté et décourageant la création d'emplois, la législation encadrant le marché du travail représente un chantier permanent, tant le droit du travail est systématiquement pointé comme étant l'une des – si ce n'est LA – causes principales des problèmes économiques rencontrés par les entreprises dans notre pays et particulièrement du chômage de masse persistant. La France serait désespérément irréformable... alors qu'on ne parvient plus à tenir le décompte exact des réformes visant à flexibiliser le marché du travail.

De fait, le processus a pris de l'ampleur et de la vitesse en 2015 avec les lois Macron et Rebsamen. La première revient notamment sur le travail du dimanche et le droit des licenciements, la seconde sur les institutions représentatives du personnel (IRP), les élections professionnelles, les parcours professionnels et la négociation collective.

Deux ans après la loi dite de sécurisation du marché du travail (2013), ces deux lois fourre-tout visaient à détricoter toujours davantage le droit du travail. Et ces deux lois à peine adoptées, le gouvernement engageait une nouvelle révision du droit du travail avec l'annonce début novembre 2015 d'une prochaine réforme du code du travail, suite à la publication du rapport Combrexelle. Articulé en trois niveaux (droits fondamentaux garantis à tous, domaines ouverts à la négociation, règles applicables en l'absence d'accord), le futur code devait ainsi définir l'articulation entre la branche et l'entreprise pour les domaines ouverts à la négociation.

Comme on le sait, la loi Travail qui en est issue en 2016 a été accouchée dans la douleur, confrontée à d'importants mouvements syndicaux et sociaux mais aussi à la mobilisation du monde académique et singulièrement de nombreux juristes, inquiets des remises en cause profondes affectant certains fondements du droit du travail et des effets croissants de son véritable tournant « entrepreneurial » (Willemez, 2021) amorcé au cours des années 1980. Ces oppositions n'ont malheureusement pas suffi à entraver le processus de dérégulation et l'élection d'Emmanuel Macron en 2017 a immédiatement prolongé les termes de la loi votée sous François Hollande avec les ordonnances travail imposées dès le début de son mandat.

En puisant dans les travaux menés dans différentes disciplines (droit, économie, histoire, sociologie), cette recherche entend mettre en évidence les principales inflexions concernant la régulation du marché du travail et les présupposés théoriques et bien souvent idéologiques qui les sous-tendent.

Compte tenu de l'activité professionnelle d'un des auteurs, avocat en droit du travail à Strasbourg, il s'agira aussi de confronter les objectifs annoncés et les arguments mobilisés avec les effets concrets pour les salariés, au plus près du terrain de la défense de leurs droits, des mesures instaurées par ces batteries de « réformes ». L'œil avisé du praticien et la défense quotidienne des salarié(e)s constituent ainsi une importante valeur ajoutée de cette réflexion.

A travers les réflexions qui suivent, nous souhaitons mettre à plat les différentes évolutions du droit du travail produites ou accentuées par les dernières révisions législatives et rendre autant que possibles intelligibles les principaux ressorts économiques, juridiques et sociaux qui les inspirent. Ce faisant, notre ambition est de contribuer aux débats sur la place essentielle du code du travail en tant que pilier de la protection et de la défense du monde du travail.

Dans une première partie, nous proposons un cadrage global des principales tendances à l'œuvre qui justifient, selon les promoteurs des réformes du travail, la remise en cause des droits et des protections arrachés de longue lutte par le salariat et ses représentants.

Nous y aborderons d'abord les tares supposées du droit du travail (complexité, inadaptation, coût économique) avant d'examiner les transformations du contexte économique à l'échelon international, sous l'effet combiné de la mondialisation des échanges, de la division du travail et de l'emprise déterminante des objectifs de compétitivité. Ensuite, un chapitre revient en détail sur les formes et les usages de la flexibilité dans le cadre de la gestion du travail salarié et des politiques adoptées par les entreprises en matière de ressources humaines. Enfin, nous verrons à quel point les pressions économiques et financières fixées dans le cadre européen, notamment du fait des modes renouvelées de gouvernance, pèsent sur les orientations des Etats membres en matière d'emploi.

Une deuxième partie traite plus spécifiquement l'impact des réformes du marché du travail sur la défense effective des droits des salariés.

Dans un premier temps, nous nous intéressons aux ferments juridiques à l'origine de l'instabilité de l'emploi et des inégalités accrues au sein du monde salarié. Ces développements nous conduiront à présenter en détail les dernières réformes du droit du

travail en faisant le lien avec l'explosion des contrats courts et la précarisation rampante d'une frange croissante du salariat.

Dans un second temps, cette partie cherche à analyser l'impact des réformes du marché du travail sur les relations collectives puis sur les relations individuelles de travail. Sur le plan des relations collectives, nous rappellerons les reculs en matière de droit de la négociation collective avant de nous pencher sur le phénomène des restructurations, ce qui sera l'occasion de passer en revue les multiples dispositifs mis à disposition des employeurs par le législateur pour faciliter leurs plans de réorganisation. Nous revenons ensuite sur les changements entourant le licenciement en tentant de décrypter les vicissitudes de l'appréciation du motif économique avant d'appréhender les enjeux relatifs à la multiplication des accords de performance collective (APC).

Enfin, un dernier chapitre aborde les effets concrets des mesures emblématiques comme le plafonnement des indemnités de licenciement sur les relations individuelles, en particulier les possibilités de contester un licenciement et d'obtenir réparation dans un contexte d'affaiblissement continu des tribunaux dédiés que sont les conseils de Prud'hommes.

Partie I – Cadrage macroéconomique et théorique des réformes du marché du travail

Chapitre 1- Les grandes tendances de l'évolution du droit du travail en longue période

Dans une perspective historique, ce sont les différentes phases de l'industrialisation qui ont donné naissance aux fondements du droit du travail moderne. Les changements du travail et dans le travail imposent naturellement des évolutions du droit du travail mais ces adaptations ont depuis plusieurs décennies largement de quoi susciter des inquiétudes légitimes, notamment à travers une extension des formes de fausse indépendance.

Dès 1990, Gérard Lyon-Caen n'hésitait pas à évoquer un « effondrement du droit du travail » qui renvoie plus prosaïquement à une simple impuissance du droit à régir les comportements réels, en faisant le constat suivant : « l'opposition entre travail non salarié et travail salarié n'est plus ce qu'on croyait qu'elle était, des faibles protégés et des forts sans protection. Une tendance inverse apparaît en filigrane, des forts protégés par l'équivalent d'un droit social et des faibles qui sont souvent abandonnés à la liberté économique »¹.

Le modèle de droit du travail des sociétés occidentales développé après la Seconde guerre mondiale reposait sur une série de croyances fortement remises en cause depuis :

- une croyance dans les vertus du progrès qui s'accompagne quasi mécaniquement d'un renforcement du droit social ;
- une croyance dans la généralisation du salariat, forme de point de convergence entre les thèses marxistes postulant l'élimination progressive de toutes les formes de petite entreprise (artisanat, fermage...) par le salariat et les thèses managériales provenant des Etats-Unis qui entérinent la montée en puissance de dirigeants salariés managers prenant le pas sur les propriétaires. D'où une confusion progressive entre le droit du travail au sens large (y compris dans d'autres cultures, à l'instar du modèle souple de *labor law* britannique ou de l'*Arbeitsrecht* allemand) et le droit du travail salarié.

Citons ici un extrait d'un précis de droit du travail (1965) illustrant la force de ces croyances : « au fur et à mesure que les instruments de production se concentrent entre les mains de groupements économiques puissants, le nombre de personnes qui deviennent au sens large des travailleurs subordonnés échangeant leur travail contre une rémunération s'accroît sans cesse. Un jour viendra où toute personne physique aura la qualité juridique de salarié et où toute activité professionnelle sera régie par le droit du travail, les employeurs n'étant plus que des personnes morales. Chacun sera salarié, et salarié d'une grande entreprise ».

¹ Gaudu, F. (2002). L'évolution du droit du travail, sous la direction d' Y.Michaud, Université de tous les savoirs L'Économie, le Travail, l'Entreprise : volume 3 (p. 285-302). Odile Jacob.

Dans la perspective marxiste, il s'agit de la conséquence indépassable de la concentration du capital tandis que dans l'approche libérale on y retrouve les effets centraux des économies d'échelle. Dans un tel cadre, l'inapplication partielle du droit du travail n'est plus qu'un problème passager qui sera résolu avec la généralisation de la grande entreprise dans un monde de plus en plus urbain compte tenu de l'exode rural massif qui affecte la composition de la main d'œuvre disponible.

C'est donc sur le fondement de ces croyances partagées qu'on assiste à l'essor d'un statut de salarié subordonné qui profite aux travailleurs disposant par ailleurs de la stabilité de l'emploi assorti d'une protection sociale en extension face aux aléas de la vie. Et si chaque pays connaît une trajectoire juridique singulière et spécifique à bien des égards, on observe malgré tout une forme d'équivalence des effets.

Avec le recul, nous savons bien que l'emploi salarié ne s'est pas imposé aussi facilement tandis que les créations d'emplois dans des configurations économiques et technologiques renouvelées sont intervenues largement dans l'univers morcelé des PME et des petites structures, battant doublement en brèche les prédictions. Dans le même temps, les zones d'inapplication du droit du travail ont non seulement persisté mais se sont aussi installées dans des secteurs et certains segments innovants de l'économie. D'où l'émergence de thèses mettant en avant une crise du droit du travail depuis au moins la fin des années 1990.

Quelles modalités de remise en cause ?

Il va de soi que l'évolution observable en France s'inscrit dans une tendance à l'échelle mondiale compte tenu d'une contrainte internationale partagée, bien que les modalités de remise en cause varient d'un pays à l'autre.

On peut ainsi dégager des tendances communes au monde occidental :

Face à la crise, les entreprises ont modifié leurs pratiques de gestion de la main d'œuvre, multipliant d'une part les plans de licenciement et transformant d'autre part leurs politiques de recrutement avec l'objectif de ne plus rémunérer la main d'œuvre qu'en fonction des besoins du moment, ce qui revient concrètement à mettre un terme à l'emploi à vie.

Dans le monde anglo-saxon (Royaume-Uni, Etats-Unis) la stabilité de l'emploi reposait avant tout sur la puissance des organisations syndicales alors que la loi ne procure que de faibles protections aux salariés tout en garantissant aux syndicats un certain nombre d'éléments leur permettant de maintenir un rapport de force dans le cadre de la négociation collective avec les employeurs, parfois au prix de conflits du travail rugueux. Dans ces contextes, la déréglementation n'a pas nécessité de révision spécifique du contrat de travail mais a emprunté la voie d'un affaiblissement progressif du pouvoir syndical, en particulier sous les mandats de Ronald Reagan dans le cas nord-américain et de Margaret Thatcher Outre-Manche.

L'assouplissement des conditions d'emploi passe par d'autres voies et moyens dans le contexte européen. On peut y distinguer deux tendances :

1/ Le recours au licenciement économique qui était globalement devenu résiduel² depuis la Seconde guerre mondiale est revenu ensuite en force. La facilitation des plans massifs de licenciements économiques a notamment pris la forme d'une mise en œuvre de dispositifs de préretraite, avec une ampleur significative dans le cas français.

2/ Le contrat à durée déterminée bénéficie de mesures d'assouplissement alors que le contrat de travail à durée indéterminée dominait très largement. En France, les évolutions législatives s'enchaînent : loi sur le travail temporaire (1972), sur le CDD (loi de 1979 et ordonnance de 1982), sur le temps partiel (ordonnance de 1982). En Allemagne, la loi de 1985 dite sur la promotion de l'emploi assouplit le recours aux CDD et au temps partiel et on recense des dispositions similaires en Espagne (1984). S'il ne s'agit pas encore d'un scénario de déréglementation générale du droit du travail en Europe, la remise en question de l'emploi à vie apparaît clairement comme un objectif partagé.

La diversité des règles applicables aux salariés constitue une autre tendance commune remarquable. Jusqu'à la moitié des années 1970, on pouvait observer un mouvement d'homogénéisation du droit du travail, y compris aux Etats-Unis avec un modèle de négociation collective centré sur l'entreprise mais où la coordination des actions syndicales se traduisait par une relative standardisation des conditions d'emploi et de travail, en particulier dans les grands secteurs industriels (automobile, télécommunications, secteur pétrolier). Cette phase correspond à une période où l'intérêt bien compris des entreprises était aussi de fidéliser la main d'œuvre pour faire face à des pénuries en égalisant les conditions de la concurrence sur leurs segments de recrutement.

En Europe, cette tendance s'est manifestée par la montée en puissance de conventions de branche couvrant l'ensemble d'une profession. De même, les progrès obtenus au sein de grandes entreprises pouvaient alors produire des effets d'entraînement via une intégration dans la législation³.

Cette phase de rapprochement des statuts a ensuite subi une inversion, notamment sous l'effet d'une diversification des catégories d'entreprises à mesure que le modèle de la grande entreprise tendait à décliner. Cette diversité se retrouve alors dans une variété de besoins et d'attentes des entreprises, ce qui rend beaucoup plus complexe la perspective d'un statut standardisé du travail et par conséquent du droit du travail lui-même.

A compter du milieu des années 1970, la négociation d'entreprise prend ainsi de l'ampleur avec du côté des salariés un droit et des statuts qui divergent de plus en plus selon les entreprises. Ces dernières n'hésitent plus à recourir à la filialisation de certains services qui permet de soustraire les salariés concernés du champ d'application de la convention applicable à la société-mère, quand d'autres multiplient les contrats de sous-traitance afin de sortir des effectifs toute une catégorie de personnels (cas typique des activités de nettoyage).

² Hormis dans quelques branches d'activités le motif économique ne servait pratiquement plus de cause au licenciement au cours de la période dite des Trente Glorieuses.

³ Cas emblématique, la 4^e semaine de congés payés obtenue dans un premier temps chez Renault en ... précédera une généralisation légale en ...

Autre phénomène prégnant, l'individualisation des relations de travail qui démultiplie les effets de la diversification des statuts et contribue à affaiblir le caractère standard du contrat de travail. Cela passe notamment par l'introduction de clauses spécifiques au contrat de travail (mobilité, polyvalence, non concurrence⁴). A cet égard, la loi Aubry II sur la Réduction du Temps de Travail (19 janvier 2000) prévoyait ainsi un dispositif d'individualisation de l'horaire annualisé, ce qui revient à effacer l'horaire collectif de travail.

Droit du travail et Code du travail : des coupables idéaux

Face aux difficultés économiques, une rhétorique s'est progressivement installée. Elle repose sur des accusations récurrentes à l'encontre du droit du travail, jugé responsable de tous les maux, selon une forme de droit du travail « *bashing* » bien orchestré. Cette petite musique a pris de l'ampleur avec le temps et s'est focalisée sur le Code du travail lui-même. On peut illustrer cette obsession à travers la figure de Pierre Gattaz, ancien président du Medef (2013-2018) dont le code du travail était devenu la véritable bête noire, pestant à l'envi sur son illisibilité qui rendrait son appropriation par les chefs d'entreprise tout simplement impossible⁵.

Loin d'être une originalité française, cette ritournelle correspond à un mouvement général de contestation en Europe qui s'est traduit par une vague de dérégulation des rapports de travail (Grèce, Royaume-Uni, Espagne, Italie). Celle-ci fait écho aux recommandations de la Commission européenne sur le marché du travail qui constitue à l'évidence le canevas des différents programmes de réformes appliqués sur le continent (voir chapitre 4). Parmi les idées centrales figure en bonne position la nécessité d'accorder une place plus importante à la négociation d'entreprise, au détriment des échelons supérieurs.

Présentons maintenant les principales critiques adressées au droit du travail, à savoir sa complexité, son inadaptation aux mutations contemporaines, son coût économique et son inadéquation aux PME. Et précisons d'emblée que si le caractère excessif de ces critiques ne fait aucun doute, cela ne signifie pas pour autant que rien ne doit évoluer.

1/ La complexité du droit du travail

Le droit du travail est effectivement un matériau complexe. Cependant, cette caractéristique est loin d'être l'apanage du droit du travail, les autres Codes présentant tous ce même degré

⁴ On peut également trouver des clauses individuelles favorables au salarié, à l'instar des clauses de garantie prémunissant le salarié d'un licenciement pendant une durée définie.

⁵ « *Nous préconisons que, lorsque nous signons un contrat avec un salarié, on puisse intégrer des clauses de séparation dans le contrat, comme un contrat de mariage. (...) le code du travail est trop compliqué, improductif, il fait très peur et il est incompréhensible des employés et des entrepreneurs* », France 2, Les 4 vérités, 3 novembre 2015.

de complexité. Et dans ce domaine, nos voisins étrangers n'ont pas spécialement de leçon à donner⁶.

De fait, cette complexité effective apparaît incontournable. A titre d'exemple, l'existence de seuils permettant de ne pas loger toutes les entreprises à la même enseigne produit mécaniquement de la complexité. Elle n'est pas non plus le simple produit d'une volonté délibérée du législateur de produire de la norme et pas davantage le fruit d'une omniprésence étatique. A cet égard, une bonne part du volume de notre code du travail est imputable aux règles relatives à la santé et à la sécurité dans l'entreprise avec un degré élevé de précisions multiples (amiante, ergonomie...). Il s'agit de règles visant à protéger les salariés et qui suivent et intègrent les connaissances scientifiques enregistrées dans les domaines concernés.

A l'origine, les velléités de réforme du code du travail sont nées d'une argumentation relayant les préoccupations propres au champ des petites entreprises, pour l'essentiel dépourvues de services juridiques et de RH, et confrontées à cette complexité alors qu'à contrario, les grandes entreprises disposent en interne de tous les services et des compétences nécessaires en la matière. Mais partant de cette réalité indiscutable, la loi dite El Khomry est apparue comme le premier jalon significatif d'une réécriture totale du code du travail⁷.

Une autre voie consistait pourtant à creuser la question fondamentale de l'accès aux droits, un enjeu crucial sur lequel la France affiche un retard évident. Dans le cas des petites entreprises, cela passerait par exemple par la mise en œuvre de ressources pour les dirigeants leur permettant de s'approprier et d'appliquer le droit du travail.

2/ L'inadaptation du droit du travail aux mutations du travail

L'obsolescence supposée du droit du travail serait liée à une construction reposant sur des logiques de subordination, désormais en voie de dépassement en raison de l'extinction programmée du salariat classique. Pour une majorité de travailleurs salariés, la subordination dans ses formes traditionnelles, correspond pourtant toujours à une réalité bien concrète. Il s'agit d'ailleurs d'une des conditions de possibilité de l'organisation du travail et de l'efficacité productive au bénéfice de l'entreprise qui dispose ainsi du pouvoir de diriger le travail.

Pour autant, un nombre croissant de salariés n'est plus soumis à ces formes historiques de subordination, ce qui justifie des débats et des réflexions sérieux en matière de droit du travail. En effet, on recense en droit parmi les critères déterminants du contrat de travail l'existence d'un travail, le versement d'une rémunération et le lien de subordination, ce dernier étant le plus souvent sujet à contestation devant les tribunaux.

⁶ Par exemple le Code du travail italien comportait en 2016 environ 2.015 pages hors jurisprudence, à comparer à la version française qui affiche alors environ 3.500 pages intégrant cependant une jurisprudence abondante. De plus, de nombreux codes du travail brillent bien souvent par l'absence d'index permettant de s'y retrouver aisément.

⁷ Son article 1 prévoyait explicitement la mise en place d'une commission chargée de réécrire le code du travail à l'horizon de 2018.

Sur ce point, l'approche traditionnelle consiste à démontrer la réception effective de directives et d'ordres par le salarié de la part de son employeur. Or, la situation vécue par un nombre croissant de travailleurs correspond à un lien de subordination qui tend à s'éloigner de cette conception⁸. Dans le cas des salariés au forfait-jours (soit environ la moitié des cadres), ils ne se voient pas décompter leur temps de travail en heures mais en jours, ce qui signifie qu'en pratique l'employeur ne se soucie pas de la quantité d'heures effectuées. Du reste, la durée hebdomadaire maximale légale (48 heures) ne leur est pas applicable⁹. Dans l'organisation de leur temps de travail, les travailleurs concernés sont donc en théorie parfaitement autonomes et soumis à des échéances pour ce qui est de la réalisation de projets ou de missions.

En termes juridiques, le contrat de travail s'accompagne historiquement d'une obligation dite de moyens qui place le salarié dans l'obligation de tout mettre en œuvre pour accomplir son travail en respectant le temps imparti. Or, la tendance actuelle est clairement à la multiplication des configurations où prime une obligation de résultats, ce qui change radicalement la donne. Jusqu'à présent, la Cour de cassation et la jurisprudence protègent globalement contre les débordements et il n'est ainsi pas possible de licencier un salarié qui n'aurait pas réalisé un chiffre de ventes escompté. Pour autant, ces nouvelles modalités d'obligations pesant sur les salariés apparaissent comme de réelles menaces, dont les effets en matière de santé au travail sont déjà largement perceptibles avec l'explosion des risques psychosociaux.

Le temps de travail demeure en effet une donnée et une référence essentielles¹⁰ dans la mesure où les limites fixées à ce temps poursuivent plusieurs objectifs, à commencer par la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs. Ces risques ont conduit les juges à développer le concept d'obligation de sécurité. Le danger tient dans une déconnexion croissante entre le travail et le temps et par extension entre les rémunérations et ce temps auquel tend à se substituer toujours plus une mesure de la performance¹¹.

Cette inflexion guidée par le primat de l'évaluation de la performance relègue de plus en plus la notion même de temps de travail au second plan et nous ramène progressivement vers des formes de travail à la tâche¹². Loin de constituer un signe de progrès social, ces versions renouvelées du travail à la tâche représentent un danger évident, en dépit du vernis d'une liberté individuelle dans l'organisation du travail, dictée avant tout par une obligation de résultat.

⁸ Dans le monde anglo-saxon, le concept de contrôle est privilégié, ce qui permet déjà d'englober toute une série d'activités en expansion, notamment dans le domaine numérique.

⁹ Seul un certain nombre de règles encadrant les temps de repos sont maintenues.

¹⁰ Ce n'est pas un hasard si l'édification du droit du travail au XIXe siècle a d'abord débouché sur des régulations portant sur le temps de travail.

¹¹ Dans le cas des chauffeurs routiers, les juges reconnaissent que l'octroi de primes indexées sur les cadences de travail, notamment via la multiplication des heures supplémentaires, peut générer des problèmes de santé pour eux-mêmes mais aussi pour la sécurité routière globale donc pour la société, établissant de fait un lien explicite entre temps de travail et santé.

¹² Claude Didry, L'institution du travail. Droit et salariat dans l'histoire, La Dispute, 2016.

Il revient donc au droit du travail d'encadrer au mieux les dérives possibles, en particulier celles permises par le développement accéléré des outils numériques. Le droit vise en effet par essence à poser des limites et à prévenir les abus.

Face aux nouvelles formes de management aux objectifs, plusieurs phénomènes se font jour :

En premier lieu, une tendance au développement du travail indépendant au détriment du travail salarié. Sur le plan juridique, il faut souligner les enjeux associés à la requalification en contrat de travail afin de contrer les cas de salariat déguisé ou de fausse indépendance. On pense ici aux cas de salariés licenciés auxquels l'ancien employeur vient ensuite proposer de fournir des prestations en qualité d'autoentrepreneur. Il convient dès lors de ne pas confondre autonomie et indépendance ; ainsi, les cadres au forfait-jours sont dans le code du travail dits autonomes sans être considérés indépendants.

En second lieu, un autre enjeu notable renvoie au travail économiquement dépendant qui ne concerne plus le travail salarié dans la mesure où on ne peut plus arguer d'un lien de subordination (voire de contrôle). Pour autant, le fait de n'avoir qu'un seul client place de nombreux travailleurs indépendants en situation de fragilité extrême. Se pose alors la question des modes de protection les plus appropriés pour ces catégories de travailleurs, un sujet relativement complexe et clivant, entre les projets d'extension du salariat et le développement de protections spécifiques.

De manière générale, la protection peut s'appliquer à différents niveaux : protection des salariés ; protection des travailleurs économiquement dépendants ; protection de la personne elle-même quel que soit son statut¹³ (contrat salarié, indépendant) dans la lignée des réflexions et des travaux d'Alain Supiot¹⁴. La création de droits directement reliés à la personne n'était cependant pas perçue initialement comme une alternative à la protection salariée. On trouve d'ailleurs en arrière-plan la question plus vaste et largement débattue du revenu universel ou d'existence, dont certaines versions portent en germe des scénarii de disparition de l'emploi, amoindissant de facto son rôle de référence ou de norme sociale.

3/ Le coût économique du droit

La perception des règles sociales comme des coûts rendrait impérative la restriction du champ des protections afin d'alléger les coûts pesant sur les entreprises. On y trouve pêle-mêle le salaire minimum qui constituerait un frein à l'embauche d'où des propositions de modulation selon les régions ou des secteurs d'activité (Aghion, Cette et Cohen, 2014), les 35 heures et la RTT jugées sources de multiples rigidités et le licenciement¹⁵. Le défaut d'embauche serait

¹³ A cet égard, mentionnons l'instauration du Compte Personnel d'Activité (CPA) en 2015, creusant le sillon de protections liées directement à la personne mais force est de constater que le CPA constitue à cette aune un premier pas relativement modeste.

¹⁴ *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du travail en Europe*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999

¹⁵ Il était attendu que la loi Travail de 2016 introduise un barème de plafonnement mais pas qu'elle s'attaque à une nouvelle définition du licenciement.

ainsi imputable aux difficultés rencontrées par les employeurs pour licencier, en particulier en raison des craintes anticipées du pouvoir judiciaire. Pourtant, ce type d'aléa est parfaitement normal et surtout inhérent à l'activité des juges qui disposent par nature de marges de manœuvre dans l'appréciation des cas individuels. De plus, il appartient au juge de prendre des décisions adaptées et circonstanciées face à un litige.

Pour encadrer ces règles jugées trop rigides, l'idée d'un plafonnement a donc émergé, consistant à fournir aux employeurs une grille de sanctions incontournable et obligatoire pour tout licenciement injustifié et permettant de ce fait à l'entreprise de connaître à l'avance le coût associé. Cette problématique ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'un licenciement justifié dans la mesure où l'indemnité de licenciement classique, reliée pour l'essentiel à l'ancienneté, est parfaitement prévisible. Dans le cas d'un licenciement injustifié, violant le droit du travail, l'employeur n'a aucune raison de connaître à l'avance le montant financier auquel il s'expose¹⁶. On ne compte en effet plus les cas de figure où des entreprises développent sciemment des stratégies visant à opérer des licenciements, en dépit d'une très bonne situation financière, au nom de la rentabilité (voir partie compétitivité). Historiquement, un tel barème obligatoire aurait inévitablement facilité les plans de licenciement intégrant une prévision financière du coût de cession au centime près, en cas de délocalisation de l'activité par exemple. Et renforcé davantage encore le rôle de simple variable d'ajustement dévolu aux salariés.

Concernant la définition des licenciements économiques, l'idée défendue par certains présentait la nécessité de sécuriser la définition du licenciement économique en instaurant un nombre de trimestres en fonction de la taille de l'entreprise. Ainsi une baisse des commandes et du chiffre d'affaires constaté sur trois ou quatre trimestres consécutifs autoriserait un licenciement pour motif économique. En pratique, une telle option crée davantage de rigidités alors que jusqu'alors il revenait au juge d'apprécier la situation, y compris en tenant compte de la taille et des effectifs de l'entreprise¹⁷.

Il convient donc d'interroger plus fondamentalement le lien de causalité établi entre le chômage et le droit du travail. En dépit de nombreuses tentatives cherchant à prouver scientifiquement la responsabilité du Code du travail dans l'évolution de l'emploi, aucune étude n'est parvenue à ce jour à établir un tel lien de causalité. Dit autrement, la restriction des protections ne constitue en aucun cas une garantie d'effets favorables sur l'emploi. A cet égard, le plafonnement des indemnités de licenciement puise son inspiration dans le *Jobs Act* italien (Nosbonne, Bisignano, 2025). Or, si le taux de chômage a effectivement baissé dans les mois suivant l'adoption du plafonnement en Italie, c'est avant tout en raison de la mise en œuvre au même moment d'une politique d'exonérations massive de cotisations sociales¹⁸. De la même manière, on a pu observer en Espagne une simultanéité entre le redressement de la

¹⁶ Cela n'empêche aucunement le juge de considérer les situations où l'employeur est considéré de bonne foi face à une complexité réelle ou une mauvaise compréhension du cadre légal, ce qui renvoie ici encore à la nécessité de progresser en matière d'accès aux droits, y compris pour la partie employeur.

¹⁷ Notons au passage que dans le cas des petites entreprises, le chômage partiel vise justement à gérer ce type de configuration, à l'instar de ce que l'Allemagne a fait massivement durant la crise financière et économique de 2008.

¹⁸ De l'ordre de 8.000 euros par salarié recruté en CDI.

croissance économique et la baisse du chômage, ce qui ne permet pas non plus d'imputer l'amélioration de l'emploi à la réforme du droit du licenciement économique ou à la flexibilisation accrue des contrats courts.

De manière générale, il apparaît totalement illusoire pour la France d'espérer conquérir des parts de marché avec une politique agressive sur les prix et le coût du travail (Carbonnier, 2025). A rebours de ces chimères, c'est en investissant dans la qualité du travail et dans l'innovation que notre pays a une véritable carte à jouer. Or, ces options passent invariablement par une main d'œuvre stabilisée et protégée, garantissant une plus grande efficacité productive (Heyer, Lokiec et Meda, 2018).

4/ Code du travail et PME

A l'origine, la naissance des conventions collectives et le développement du droit du travail ont été pensés comme un outil de protection des salariés et comme un moyen d'atténuer la relation asymétrique existant entre l'employeur et son salarié subordonné. Mais on a aussi tendance à oublier que ces avancées étaient également défendues par les organisations patronales en tant qu'instruments de régulation de la concurrence et par conséquent de protection des directions d'entreprises afin d'éviter que les logiques concurrentielles n'empiètent trop sur toutes les composantes de l'entreprise, y compris les politiques de rémunération ou les conditions de travail.

Dans cette perspective, le contenu des ordonnances de 2017 – qui s'inscrivent alors dans le sillon d'une série de « réformes » ponctuées par la loi Travail de 2016 – peut être perçu comme un outil de fragilisation des PME au sens où la généralisation du principe de négociation du droit au niveau de l'entreprise au détriment du niveau des branches crée des conditions défavorables pour un tissu d'entreprises globalement pris dans des logiques de forte dépendance vis-à-vis des groupes, au risque d'accentuer la pression subie de la part de leurs donneurs d'ordres au nom de l'amélioration permanente de leur compétitivité. Cette mise sous pression en cascade a en effet toutes les chances de se traduire par une négociation contrainte visant à étendre la flexibilité de la main d'œuvre.

Une enquête très instructive de l'Insee portant sur les freins à l'embauche¹⁹ a été réalisée auprès de chefs d'entreprises où ils sont interrogés sur leur perception des obstacles à l'embauche. A ce questionnement, le rôle du code du travail ne se classe qu'en 4e position, les principaux arguments étant la faiblesse de l'activité et des difficultés à recruter des salariés dotés des compétences adaptées aux postes à pourvoir. Autrement dit, les employeurs et les directions d'entreprise elles-mêmes n'estiment pas le code du travail particulièrement responsable de leurs réticences à embaucher.

D'autres travaux procédant à une étude comparée des réformes du marché du travail menées dans de nombreux pays européens aboutissent au constat d'une absence globale d'effet sur

¹⁹ Insee, « que nous disent les entreprises sur les barrières à l'embauche ? », note de conjoncture, décembre 2017.

l'emploi et au faible impact sur l'accès des plus précaires à une plus grande stabilité de l'emploi²⁰. Autrement dit, les mesures de flexibilisation n'atténue pas la segmentation du marché du travail alors qu'il s'agit précisément d'un des principaux arguments mobilisés par leurs promoteurs. Et la précarité concerne toujours les mêmes profils de salariés, à savoir les moins formés, qui vont cumuler emplois et contrats précaires durant leur vie professionnelle. Ce n'est donc pas en fragilisant les salariés plutôt stables qu'on améliore et qu'on facilite l'accès des salariés précaires à l'emploi stable.

Pour ce qui est de la lourdeur et de la complexité du code du travail, hormis le fait déjà évoqué que les mêmes critiques valent tout autant pour d'autres codes (code du commerce notamment, règles de concurrence)²¹. Rappelons que fondamentalement, l'épaisseur du code du travail renvoie à la multiplicité des dispositions dérogatoires dont l'origine est justement à rechercher du côté des revendications patronales progressivement satisfaites au fil du temps. Ce qui ne signifie pas que la complexité des textes n'est pas un vrai sujet pour une partie des PME et la majorité des TPE, bien souvent dépourvues de ressources juridiques en interne et donc en difficulté réelle pour connaître et appliquer le droit, ce qui ressort fréquemment des enquêtes de terrain.

Là encore, ces réalités questionnent plus généralement les problématiques d'accès aux droits qui conditionnent l'application effective du droit. Une simplification du code du travail améliorant son degré de lisibilité et facilitant son appropriation par les employeurs n'est d'ailleurs pas un objectif rejeté par les organisations syndicales et encore moins un tabou. Cependant, il est évident que derrière les projets de simplification brandis à intervalle régulier par le patronat et ses relais se niche systématiquement une volonté d'assouplissement des règles encadrant la relation de travail dans une optique d'insécurisation des salariés et de sécurité accrue pour les employeurs, comme en témoigne le plafonnement des indemnités prud'homales, mesure emblématique des ordonnances Travail sur laquelle nous reviendrons dans la seconde partie.

Chapitre 2 – Mondialisation, division internationale du travail et primat de la compétitivité

1/ Mondialisation et emploi : des tensions croissantes

Le sujet des liens entre mondialisation et emploi fait l'objet de multiples débats dans la communauté des économistes et par extension dans la sphère publique. Devant la récurrence des plans de délocalisations qui mettent à mal le tissu économique et social de nombreux territoires et parfois de régions entières, un certain nombre d'experts et de travaux viennent

²⁰ Chronique internationale de l'IRES, numéro spécial n°155, 2016.

²¹ François Bayrou se mettait en scène sur un plateau télévisé (France 2, 18 septembre 2012) en comparant le poids du code du travail français avec le code suisse beaucoup plus léger... tout en omettant de préciser que l'essentiel de la réglementation en Suisse passe par les branches collectives pour ce qui est des relations de travail.

insister sur le solde global positif d'emplois créés par la mondialisation. Ce décalage permanent entre des choix de localisation clairement dictés par des logiques de coûts et la froide statistique nécessite à l'évidence des éclaircissements. Selon bon nombre de travaux, la part des emplois détruits en raison de la mondialisation apparaît moins importante que le ressenti le laisse supposer, ce qui interroge les effets concrets de l'ouverture aux échanges internationaux dans les pays développés et singulièrement sur les effets différenciés selon la nature des emplois concernés.

Il est avant tout nécessaire de bien distinguer deux catégories d'emplois, les emplois directement exposés à la concurrence internationale, potentiellement délocalisables et produisant des biens et services faisant l'objet d'échanges commerciaux, et de l'autre des emplois globalement mieux abrités de la mondialisation participant à la production de biens et de services non soumis à la circulation entre pays. Cette seconde catégorie reste soumise à une logique de concurrence, parfois intense, mais dans le cadre domestique, autrement dit à une échelle locale ou nationale.

Selon des estimations²², l'emploi exposé représente de l'ordre du quart de l'emploi global en France, situé principalement dans l'industrie, les services exportables et dans une moindre mesure dans le secteur agricole. En tendance, le nombre des emplois concernés s'est sensiblement réduit au cours des deux dernières décennies (-6% entre la fin des années 1990 et les années 2010). A contrario, une majorité des emplois reste abrité de la concurrence internationale (emplois publics, emplois de proximité...). Suite à la contraction de l'emploi exposé, on observe une montée en qualité des emplois maintenus dans ces secteurs (avec notamment de meilleures rémunérations) et une plus forte productivité. Fait majeur, le déclin de l'emploi exposé renvoie à la perte de substance industrielle avec depuis la fin des années 1990 la disparition de plus d'un million d'emplois industriels. Si corrélativement, des emplois ont été créés dans les services exportables (environ 600.000), le solde global demeure nettement défavorable.

Aucune étude ne démontre que le commerce international est la cause principale de la majorité des destructions d'emplois dans l'industrie. Le facteur premier reste en effet le progrès technique et le processus classique de substitution du capital au travail humain. Cependant, les effets locaux s'avèrent particulièrement dévastateurs au niveau des bassins d'emplois impactés et la mondialisation participe à ce titre des divergences croissantes observables entre territoires. Du côté des individus, les coûts induits de la mondialisation sont déterminés par la capacité des salariés perdant leur emploi à en retrouver un nouveau. Or, les profils les plus exposés rencontrent sans surprise davantage de difficultés que les profils comparables opérant dans les secteurs abrités et sont contraints de ce fait de se reconvertir plus souvent avec comme conséquence supplémentaire des baisses de salaires plus fréquentes. L'industrie se caractérise en effet par des compétences métiers plus spécifiques dont la valorisation peut s'avérer plus problématique à la perte d'emploi²³. A cela s'ajoutent des facteurs géographiques qui constituent autant de barrières au retour à l'emploi dans un même secteur d'activité et poussent également à la reconversion. Par ailleurs, les chocs de

²² P.Frocrain, P.N.Giraud, *Dynamique des emplois exposés et abrités en France*, Les Notes de La Fabrique, Presses des Mines, 2016.

²³ Sachant que la détention et le niveau de diplôme sont également statistiquement plus faibles.

commerce ont tendance à se résorber très lentement, ce qui rend difficile les retournements de situation au plan local²⁴.

En termes politiques, l'un des enjeux essentiels concerne les modes de compensation pour les perdants de la mondialisation en raison de la concurrence internationale. Il revient ainsi aux politiques publiques de mieux outiller les individus en matière de formation professionnelle tout au long de leur vie afin de leur permettre d'acquérir de nouvelles compétences plus transversales facilitant leur adaptation, en particulier dans un environnement mouvant sous l'effet de la vague technologique digitale. Face aux effets concentrés de l'ouverture sur certains territoires et sur certains métiers techniques, les pouvoirs publics doivent impérativement investir dans des politiques de soutien à l'industrie. En effet, le rôle moteur de l'industrie a trop longtemps été négligé et sous-estimé alors que ses effets en termes de cohésion territoriale et d'entraînement macroéconomique du fait des gains de productivité sont parfaitement bien établis²⁵.

En pratique, la recherche économique a beaucoup évolué ces dernières années sur le sujet des effets de la mondialisation sur l'emploi. Dans les sondages réalisés au sujet de la mondialisation, l'opinion publique exprime depuis longtemps un avis défavorable sur ses effets quand une majorité des experts restait campé sur des positions relativement consensuelles mettant en exergue des gains supérieurs en dépit de chocs effectifs jugés avant tout ponctuels et localisés. Les craintes de destructions nettes d'emplois apparaissent légitimes, notamment en raison d'une mondialisation porteuse d'un accroissement des inégalités. De fait, si la globalisation profite incontestablement aux détenteurs de capitaux et aux firmes multinationales, les chocs subis par une large part du monde du travail sont tout aussi réels et par ailleurs délétères pour les équilibres macroéconomiques et sociaux.

Après une phase de moindre appréhension durant les Trente glorieuses, les inquiétudes exprimées par l'opinion publique ont repris de la vigueur au fur et à mesure de la progression continue du chômage. Comme nous le verrons par ailleurs, c'est à cette époque que les débats sur la compétitivité des économies ont émergé pour tenter de mieux identifier les perdants et les gagnants de la mondialisation et les facteurs les plus déterminants. Au cours des années 1980, les économistes ont émis des jugements plutôt définitifs sur le bilan favorable de la mondialisation du côté des pays industrialisés. Il ressortait de ces travaux que jusqu'aux années 1990, l'emploi n'avait pas souffert des effets de l'ouverture aux échanges, bénéficiant alors de créations nettes globales mais aussi de considérables gains de pouvoir d'achat (en raison de la baisse des prix favorisée par les échanges) et d'un accès à une gamme de produits d'une plus grande variété. Ces conclusions sont le fruit d'études empiriques solides et robustes sur le plan scientifique. Notons ici que les grandes institutions internationales

²⁴ Voir sur le sujet une étude de la Banque d'Angleterre portant sur les effets durables de l'ouverture à la concurrence au début des années 1980 dans les régions textiles : *Winners from globalization*, B. Broadent, 2017. Un tel constat rejoint les analyses de Dani Rodrik considérant que la mondialisation avait contribué à déchirer les tissus sociaux : « *Globalization has contributed to tearing societies apart* », Promarket, 29 mars 2018. De même, Paul Krugman après avoir longtemps loué les vertus de la mondialisation, notamment dans son ouvrage « la mondialisation n'est pas coupable » paru en 2000, a fini par s'interroger sur les manques et les angles morts de l'analyse économique ayant conduit à d'importantes erreurs d'appréciation sur certains effets du libre-échange.

²⁵ Sans oublier le fait que les emplois industriels sont en moyenne mieux rémunérés et de meilleure qualité que les emplois des activités tertiaires.

(OCDE, Banque mondiale, FMI) n'ont alors pas manqué de s'appuyer sur ces travaux pour valoriser le programme idéologique néolibéral.

Pourtant, les mêmes travaux pointaient déjà les effets concomitants de l'ouverture internationale sur les pays en développement, à savoir peu d'effets positifs mesurables sur leur croissance et leur développement²⁶, y compris en termes d'emploi.

Une forme de rupture est ensuite intervenue dans l'analyse économique au milieu des années 2000 suite à la mise en évidence de nouvelles mesures et de nouveaux faits stylisés pour la période post 1990. Emblématique de cette rupture, l'évolution de l'économiste Paul Krugman, jusqu'alors l'un des plus ardents promoteurs des bienfaits de la mondialisation qui en reconnaît dès 2007 les aspects délétères et surtout les effets négatifs induits par la concurrence des pays à bas salaires en termes de polarisation des emplois et de pression à la baisse des salaires²⁷ dans les pays industrialisés.

Cette inflexion du discours économique traduit la prise en compte tardive des effets significatifs négatifs sur l'emploi de la mondialisation. Pour autant, les économistes dans leur ensemble n'attribuent pas au phénomène des délocalisations une responsabilité majeure sur les évolutions du chômage.

Sur un plan théorique, les économistes ont manifestement mal anticipé les effets de la globalisation sur l'emploi. Parmi les hypothèses mobilisées²⁸, il faut insister ici sur le changement technologique qui a contribué à modifier la nature des délocalisations et leur accélération inédite. Les transferts de connaissances permis par les nouvelles technologies ont connu un essor phénoménal en raison d'un abaissement rapide de leur coût. Autrement dit, il s'agit d'une forme renouvelée de mondialisation alors que dans la phase précédente, les pays les plus avancés parvenaient encore à garder la main sur les innovations technologiques et disposaient en conséquence d'un avantage compétitif certain en dépit des différentiels de coût du travail. Désormais, les pays émergents, et singulièrement la Chine, sont en mesure de combiner la mise en œuvre de technologies avancées²⁹ et l'exploitation d'une main d'œuvre bon marché et abondante, d'où une pression croissante sur le coût du travail et l'emploi.

Ces évolutions majeures produisent des effets significatifs en termes de dynamique d'agglomération des activités industrielles et de dispersion géographique de ces activités. Face à la complexité des phénomènes, la définition de politiques économiques pertinentes reste difficile à élaborer, dans la mesure où elles doivent considérer simultanément des effets macroéconomiques nuancés et des conséquences territorialisées de grande ampleur.

²⁶ Les travaux de Dani Rodrik ont particulièrement bien mis en évidence dans une série de PVD durant la période 1945-1990 les effets pervers de l'ouverture sur leur processus de développement (spécialisations productives appauvrissantes) et des problèmes importants en matière d'emploi.

²⁷ Cette prise de conscience et ces premières critiques n'excluent pas un effet global net positif sur l'emploi. Une vague plus récente d'études mettra ensuite l'accent sur un solde net défavorable à l'emploi aux Etats-Unis (David H. Autor, MIT).

²⁸ R. Baldwin, *The Great Convergence : Information Technology and the New Globalization*, Harvard University Press, 2016. F. Bellone, R. Chiappini, *La compétitivité des pays*, La Découverte, 2016.

²⁹ Ce n'est pas un hasard si les principaux enjeux relatifs à une guerre commerciale entre les Etats-Unis et l'Europe d'un côté et la Chine de l'autre révèlent des tensions fortes autour des questions de transfert de technologies.

De telles difficultés reflètent fondamentalement la manière dont les économistes modélisent le lien entre globalisation et marché du travail. On recense ainsi une longue tradition d'études théoriques montrant que l'ouverture aux échanges commerciaux a généré des gains agrégés mais pas des gains individuels équitablement répartis, produisant mécaniquement des gagnants et des perdants, avec par ailleurs une focalisation sur les salaires davantage que sur l'emploi (selon leur niveau de qualification ou le type d'industrie...). Concernant l'emploi, la théorie traditionnelle reste plutôt discrète dans la mesure où les processus de réallocation de la main d'œuvre entre secteurs sont considérés fluides dans les modélisations. Selon une hypothèse de base, les salaires étant supposés s'ajuster, les individus rationnels sont censés passer d'un secteur à l'autre et limiter en conséquence les effets sur l'emploi. De plus, ces modèles ne tiennent pas compte des géographies internes des pays et se contentent d'appréhender le niveau national de l'emploi en négligeant les effets locaux.

Dans les pays industrialisés confrontés aux chocs de la montée en gamme des pays émergents, on peut relever des situations très hétérogènes. L'Allemagne est parvenue à relocaliser une part de ses chaînes de valeur au cœur des pays de l'est, construisant ainsi un *Mittelstand*, et profiter dans le cadre de cette réorganisation productive, notamment dans le secteur stratégique des machines-outils, de la croissance soutenue des émergents pour alimenter sa propre dynamique économique³⁰. D'autres ont subi plus douloureusement cette concurrence frontale³¹. Concernant la France, il ne faut pas oublier le fait que la majorité des échanges commerciaux reste de nature intra-européenne (de l'ordre de 60%) et que notre économie affiche des déficits avec la quasi-totalité des pays de la zone euro. Au niveau global, ces déficits sont comparativement plus lourds que ceux à l'égard des pays émergents ou vis-à-vis de nos fournisseurs en hydrocarbures. Autrement dit, la concurrence internationale ne doit pas masquer la perspective européenne et les défauts de coordination dans la construction communautaire en matière de politiques économiques, fiscales et sociales.

Au sein des pays dits émergents, certains ont aussi mieux tiré leur épingle du jeu que d'autres en s'insérant dans les chaînes productives mondiales ou en développant leur propre industrie, à l'instar de la Chine qui a procédé à une montée en gamme technologique dans des temps records, profitant à plein de son adhésion à l'OMC en 2001 tout en protégeant son marché intérieur et ses activités en croissance³².

2/ La division internationale du travail : inflexions et renouvellement des enjeux

L'économie mondiale s'est très largement globalisée tout au long du 20^e siècle et s'est modelée en fonction des échanges commerciaux. Le libre-échange a donné lieu à des formes poussées de spécialisation selon les avantages comparatifs des différents pays dans le cadre

³⁰ De multiples signaux tendent cependant à laisser penser que cette singularité allemande a progressivement atteint ses limites.

³¹ Au-delà des choix de politique industrielle, cela met en jeu des problématiques mondiales autour du partage de la valeur (délocalisation des profits, prix de transfert, règles du commerce international, taxation des firmes multinationales, concordance entre les chaînes productives et la répartition de la valeur...).

³² *L'industrie européenne face au rouleau compresseur chinois*, Rapport du Haut-Commissariat à la stratégie et au plan, février 2026.

de la division internationale du travail. Celle-ci a connu plusieurs séquences : d'abord traditionnelle avec les pays développés, pour l'essentiel au nord, produisant les biens manufacturés et les services tandis que les pays du sud, en phase de développement et encore très pauvres, se contentaient de fournir les produits agricoles et les matières premières aux pays avancés.

Ensuite, un nouveau cycle s'est amorcé où de nouvelles zones ont profité de leur industrialisation, notamment en Asie (les « Dragons » puis les « Tigres » asiatiques), pour produire et exporter de plus en plus de biens manufacturés, les pays développés conservant une nette avance technologique et un avantage sur les productions sophistiquées nécessitant un haut degré de qualification de la main d'œuvre.

Le relatif enrichissement d'une série de pays en développement a fait émerger une classe moyenne et une population de travailleurs de plus en plus qualifiés. Dans le même temps, le cadre productif s'est sensiblement modifié (robotisation de l'industrie, chocs induits par l'extension du numérique, essor de l'économie dite des plateformes). Tous ces bouleversements se traduisent par de nouvelles relations économiques au plan international et une redistribution de la géographie mondiale du travail, dont les enjeux ont été particulièrement mis en lumière avec la crise sanitaire inédite liée au Covid³³.

La division internationale du travail

La division internationale du travail désigne l'organisation du travail à l'échelle planétaire à travers le commerce international et le processus de spécialisation progressive de pays dans la production de certains biens et services économiques. Si la division internationale du travail a naturellement profondément évolué au cours du temps, il est possible de repérer des spécificités par zone et par pays, afin d'identifier les transformations et les ruptures à l'œuvre et leurs conséquences, signes et autres symptômes sur le marché du travail d'un pays comme la France.

La mondialisation économique et son corollaire, la division internationale du travail à l'échelle mondiale, connaissent dans la période récente des changements notables, dans ses formes et ses caractéristiques. Cela ne signifie pas pour autant qu'on assiste à un processus (phénomène) d'épuisement de la division internationale du travail.

Dans une rapide mise en perspective historique, rappelons les différentes phases de la division internationale du travail. L'extension de la division technique du travail à l'intérieur d'une entreprise – déjà décrite par Adam Smith dans la richesse des nations – s'est progressivement déclinée à l'échelle mondiale, dans un premier temps dans la sphère propre des pays industrialisés puis peu à peu vers les pays moins avancés. Une première mondialisation (1870 à 1910) durant laquelle la division du travail se caractérisait par une division extrêmement classique où les pays du Sud, soumis aux logiques coloniales, fournissent des matières

³³ Chronique internationale de l'IRES, numéro spécial 176, *Des mesures inédites face à la crise liée au Covid-19 : le grand retour de l'Etat*, janvier 2022.

premières et les pays du Nord produisent les biens manufacturés en disposant d'une avance technologique leur assurant un monopole incontestable et une maîtrise absolue des circuits marchands et de captation de la valeur.

Ensuite se met en place une nouvelle phase de la mondialisation au cours de laquelle – suite à la Seconde guerre mondiale et une période déjà marquée par l'effondrement du commerce mondial dans l'entre-deux-guerres – on assiste à une extension des degrés d'ouverture des économies. Une première étape s'étale globalement jusqu'au début des années 1990 avec la montée en puissance de nouveaux pays industrialisés émergents fournissant des produits manufacturés au Nord tout en grignotant progressivement l'avantage technologique des pays riches. Leurs exportations se concentrent alors sur des biens de faible qualité, très intensifs en travail non qualifié, ce qui préserve les fondements de la division du travail (travail très qualifié au nord / le travail peu qualifié au sud). Cette distribution tend à voler en éclats au cours d'une deuxième séquence de cette phase de mondialisation

A partir des années 2000, un nouveau cycle s'est amorcé jusqu'à nos jours : on observe un approfondissement de la mondialisation qui s'opère de manière paradoxale dans la mesure où il intervient sur trois niveaux distincts : le travail ; les territoires ; les activités.

Concernant les activités, l'industrie affiche un relatif recul mais la mondialisation s'est parallèlement intensifiée dans les services. Pour ce qui est du travail, la division était auparavant fondée sur une répartition entre les catégories professionnelles élevées situées au Nord et les plus basses catégories professionnelles situées au Sud. Elle se décompose désormais de manière beaucoup plus fine en fonction des tâches et cette fois au sein de chaque catégorie socioprofessionnelle, c'est-à-dire avec des tâches cognitives, des tâches ordinaires, des tâches d'exécution qui impliquent aussi bien les ingénieurs, les techniciens et d'autres catégories, ce qui génère davantage d'opportunités de découpage et donc de mouvements de délocalisation du travail.

Des inflexions complexes

La lecture de ces évolutions laisse entrevoir une apparente contradiction entre une mondialisation qui s'accroît alors que certains signaux semblent attester un délitement des formes dominantes les plus contemporaines de la division internationale du travail. A cet égard, la dynamique des échanges internationaux interroge, sachant que le commerce mondial tend à progresser moins vite que le PIB mondial³⁴. Cette inflexion est interprétée par certains comme un changement de cap historique, révélateur d'une séquence de démondialisation et d'une recomposition de la division internationale du travail.

³⁴ Une étude du FMI (2016) relève qu'après avoir progressé en moyenne deux fois plus rapidement que la production mondiale entre 1985 et 2007, le commerce mondial suivait tout juste le même rythme sur les quatre années suivantes. Cette tendance s'est naturellement accentuée avec la crise sanitaire mondiale.

Le phénomène est complexe mais en pratique cet approfondissement des effets de la mondialisation s'est accompagné d'un repli des formes usuelles de fragmentation des chaînes de valeur mondiales.

En d'autres termes, entre la première phase de la deuxième vague de mondialisation initiée après-guerre et jusqu'au début des années 1990, on a pu observer une dilatation de plus en plus forte de la fragmentation des chaînes de valeur, dans le cadre d'une décomposition en morceaux des biens permettant de localiser leur production en Chine ou dans d'autres pays émergents. Puis deux phénomènes sont venus percuter ce processus, sans pour autant y mettre fin complètement. Plus qu'une fin des divisions du travail, il s'agit alors surtout d'une recomposition sur de nouvelles bases régionales de la division internationale du travail.

Ces deux phénomènes à l'origine de la dilatation poussée de la division internationale entre les années 1980 et le début des années 2000 sont :

1/ la hausse des coûts salariaux unitaires dans les pays émergents ;

2/ la hausse des coûts de transport ;

La combinaison de ces évolutions a réduit sensiblement l'incitation à délocaliser très loin les processus de production, conduisant les firmes à revoir leur stratégie. Mais cela ne se traduit pas automatiquement par une recomposition au niveau domestique (national) de leurs chaînes de valeur. Elles peuvent ainsi chercher à les recomposer sur des bases régionales, en réduisant notamment les distances. Le repli du commerce mondial, notable depuis 2008 – en lien aussi avec la crise financière – correspond à un effet structurel, indexé en grande partie sur cette recomposition de leurs chaînes de valeur sur des bases régionales, offrant au passage de nouvelles opportunités à certains pays (par exemple du bassin méditerranéen, au Maghreb) de s'insérer de manière croissante dans la division internationale du travail, y compris sur des segments plus sophistiqués des chaînes de valeur³⁵. Le processus de reconfiguration est par conséquent de nature multipolaire et multirégionale, reflétant un affaiblissement du caractère multilatéral et global de la mondialisation, qui a par ailleurs été plutôt surestimé par rapport à la réalité et à l'ampleur réelle du phénomène.

En matière de division internationale du travail, le paramètre essentiel renvoie au rapport entre les salaires et la productivité, à savoir les coûts salariaux par unité produite, qui constituent un indicateur de référence de la compétitivité. Dans ce domaine, un véritable processus de rattrapage est à l'œuvre avec une hausse des coûts salariaux dans les pays du Sud, notamment en Chine, mais les gains de productivité demeurent pour leur part relativement faibles, ce qui signifie une progression du coût salarial unitaire dans les pays émergents.

Dans le même temps, les pays du Nord se distinguent depuis les années 1990 par une stagnation remarquable des salaires et des coûts salariaux – fruit des politiques successives d'allègement du coût du travail et des lois visant à flexibiliser le marché du travail – tandis que les productivités ont littéralement explosé, en particulier aux États-Unis. Il faut d'ailleurs

³⁵ C'est le cas dans la filière aérospatiale et aéronautique pour la production de moteurs destinés aux groupes Airbus et Boeing.

souligner que la réindustrialisation américaine s'appuie simultanément sur un accroissement net de la productivité obtenu grâce à d'importants investissements dans la robotisation et sur la poursuite de politiques agressives de compression des coûts salariaux et de flexibilisation.

C'est pourquoi il convient de se défier d'une illusion en surévaluant le phénomène de repli sur les bases domestiques alors que les processus de fragmentation se poursuivent. La nouveauté tient en revanche dans le mouvement de rattrapage des coûts salariaux unitaires de la part des pays émergents. Face à cette nouvelle donne, les firmes peuvent alors opter pour deux types de stratégies : une accélération de leur robotisation et une relocalisation de la production dans le Nord (Europe, Etats-Unis) dès lors que les processus techniques de production la rendent possible³⁶ ou une recherche renouvelée de faibles coûts salariaux. Cela manifeste de fortes tensions entre la recherche de l'automatisation et de la robotisation et la continuation d'une stratégie d'extension par l'exploitation du travail peu rémunéré. D'où la poursuite de délocalisations, y compris désormais par des entreprises chinoises elles-mêmes, en raison des évolutions comparées des coûts de main-d'œuvre. Dans le secteur textile, on a ainsi vu se développer des délocalisations intra-chinoises, au gré des variations de coûts de main d'œuvre³⁷ entre les différentes provinces.

A travers de nouveaux mouvements des productions, la carte des ateliers du monde est redessinée et l'expression même mérite d'être questionnée. Depuis près de deux décennies, la montée en gamme de la Chine a profondément transformé son industrie, à tel point que pour bon nombre de spécialistes de son économie, d'autres pays ont pris le relais en tant que destinations privilégiées dans ce rôle d'atelier (Inde, Bangladesh, Vietnam, Cambodge, Laos).

En tendance, la lecture de ses statistiques du commerce extérieur nous indique que la place de la Chine a évolué : la part des produits assemblés en Chine dans les exportations chinoises a en effet chuté drastiquement, expliquant au passage pour partie le recul global du commerce mondial compte tenu de son poids dans les échanges internationaux. La notion des « ateliers du monde » doit par ailleurs être nuancée dans la mesure où le phénomène des délocalisations pratiquées par les pays du Nord n'a jamais été aussi massive qu'on pouvait le penser, à la mesure de la place occupée dans les débats relatifs à l'emploi.

Au niveau macroéconomique, la part des firmes qui délocalisent est ainsi restée relativement marginale par rapport à celles qui ont maintenu leur production au niveau local. Cependant, la menace de délocalisation est suffisamment crédible pour induire des reculs sociaux en pesant fortement sur les conditions du rapport salarial. Et en cas de délocalisation effective, les chocs subis par les territoires concernés ont été massifs et particulièrement violents pour les travailleurs affectés (voire infra). Et c'est avant tout le progrès technique, à travers la

³⁶ Les conditions de possibilité de relocalisation conduisent à distinguer les produits. Dans les cas où les matériaux nécessaires sont solides, la robotisation ne pose pas de difficulté technique majeure, par exemple dans le secteur automobile où toute la composante électronique est parfaitement compatible avec une robotisation accrue, en revanche, des secteurs maniant des matières souples (textile, habillement, cuir, chaussure) butent encore sur des considérations techniques et les entreprises recourent avant tout à une main d'œuvre bon marché, ce qui fait de la délocalisation du travail une option préférentielle.

³⁷ Selon une étude du cabinet Euro minotaure international, les salaires des ouvriers chinois ont triplé entre 2005 et 2016 pour atteindre un niveau de l'ordre de 3,6 dollars de l'heure.

robotisation et l'automatisation, et la quête permanente d'une meilleure efficacité productive qui ont touché l'emploi industriel. Dit autrement, la désindustrialisation est davantage la résultante du phénomène de substitution capital / travail, soit un processus des plus classiques dans l'histoire économique, que le fruit d'une fuite des emplois vers le Sud.

Au cours de la phase récente de la mondialisation, une accélération durant les années 1990 caractérisée par la montée en charge des pays émergents s'est traduite par un redoublement des effets et une très forte complémentarité entre la mondialisation et le progrès technique. L'insertion croissante de nouveaux pays a contribué à exacerber la concurrence mondiale et dans le même temps accru l'incitation à tendre vers une automatisation poussée des processus de production. Cela reflète les effets puissants du croisement entre progrès technique et mondialisation

Fondamentalement, les sources de la division internationale du travail apparaissent relativement infinies³⁸ et l'ouverture des marchés accroît mécaniquement la division du travail. Si dans les faits le poids de l'industrie dans le PIB mondial subit un recul, les services connaissent eux une véritable explosion. A titre indicatif, rappelons que les deux tiers du PIB et des emplois dans l'économie française sont le fait des services, autrement dit de biens immatériels.

On assiste alors à un chassé-croisé entre un mouvement de relocalisation de certaines activités industrielles au Nord, tandis que les services tendent à se délocaliser de façon croissante, en raison notamment de la faiblesse des coûts de transaction associés, des droits de douane comme des coûts de transport pesant sur ces activités. Ces phénomènes croisés sont difficiles à suivre mais particulièrement intéressants à analyser, région par région.

Concernant l'approfondissement des effets de la mondialisation, il ne faut surtout pas sous-estimer les conséquences dans les territoires. Comme indiqué plus haut, si les territoires concrètement et significativement affectés restent peu nombreux sur un plan macroéconomique, ils sont percutés de manière frontale et extrêmement lourde. Et au niveau local, le manque d'alternatives en termes d'activités et d'emplois ainsi que la faible mobilité du travail³⁹ rendent les situations particulièrement douloureuses. De plus, les mécanismes de compensation des pertes ne sont clairement pas à la hauteur des enjeux compte tenu de la faiblesse, voire de l'absence des politiques publiques, de toute évidence sous-dimensionnées et inadaptées⁴⁰.

En raison des effets combinés de la mondialisation et du progrès technique, il ressort des biais importants en faveur du travail très qualifié mais aussi des managers. Il faut néanmoins souligner que les travailleurs qualifiés eux-mêmes sont concernés pour une part de leur

³⁸ Adam Smith considérait déjà à son époque que la seule limite à la division du travail était l'étendue du marché.

³⁹ Les raisons en sont multiples mais dans le cas français la problématique du logement joue un rôle majeur. Sur cette question, se reporter aux travaux de Jules-Mathieu Meunier, *La mise en œuvre de la réforme 3DS visant à améliorer l'accès au logement social des « travailleurs essentiels »*, agence d'objectifs IRES-FO, décembre 2024. Un autre projet consacré aux liens entre accès au logement et projets de réindustrialisation est en cours.

⁴⁰ A titre d'illustration, voir sur ces effets locaux les travaux de Maeva Durand, *Rôles et usages de l'Etat social dans une ville moyenne et ses environs*, agence d'objectifs IRES-FO, octobre 2024.

activité par des tâches d'exécution de nature industrielle et manuelle⁴¹, ce qui ne les place plus à l'abri des risques pour leur emploi.

Du fait de ces imbrications, l'effet de la mondialisation et de la division internationale du travail ne peut pas être réduit à la seule fragmentation des chaînes de valeur dans des pays lointains dans la mesure où même en cas de relocalisation les sources de différenciation vont perdurer avec en arrière-plan les conséquences des politiques menées en termes de régulation du marché du travail. Les effets de ces politiques tendent en effet à renforcer l'hétérogénéité au sein de la zone euro, contrairement aux arguments avancés pour légitimer la construction du marché unique et de l'Union économique et monétaire au nom de la convergence économique et sociale.

Le débat libre échange / protectionnisme revisité ou la résurgence des « guerres commerciales »

D'importantes questions autour du libre-échange ont réémergé ces dernières années, accentuées par les constats opérés à l'occasion de la situation exceptionnelle liée à la crise sanitaire. Ce mouvement de contestation du libre-échange a ainsi contribué à freiner certaines négociations commerciales, à l'instar de l'accord entre l'UE et le Mercosur.

Au-delà des positionnements idéologiques sur la mondialisation et le libre-échange, il faut mesurer l'impact effectif d'une résurgence du protectionnisme sur les tendances des échanges commerciaux. Dans les faits, les déterminants du ralentissement du commerce mondial sont à rechercher ailleurs, à commencer par la baisse du poids de l'industrie dans le PIB mondial, en lien avec la hausse des coûts salariaux unitaires au Sud.

Il s'agit en revanche d'un thème porteur sur le plan politique et dans le débat public. Cela fournit des arguments aux pôles les plus critiques de la mondialisation économique mais aussi aux courants identitaires prônant un repli national ou nationaliste face aux inquiétudes parfaitement légitimes des populations. A partir du moment où les effets délétères de la mondialisation ne sont pas traités ni anticipés et les pertes non compensées, les victimes et les perdants sont inévitablement en attente de solutions fortes.

En la matière, la réélection de Donald Trump prouve à quel point des annonces tonitruantes dans le domaine commercial peuvent s'avérer rentables sur un plan électoral et comment des taux de droit de douane aberrants peuvent constituer un marqueur signifiant pour les recalés de la mondialisation (ou ceux qui se vivent comme tels).

Il convient pourtant d'éviter les erreurs d'analyse en distinguant les impacts possibles : contrairement aux idées reçues, les entreprises qui importent sont également celles qui exportent le plus, compte tenu de l'ampleur du commerce intra-firme au sein des multinationales. Avec cette liaison dense entremêlant flux d'importation et d'exportation, ce sont donc aussi des emplois importés et des emplois exportés qui sont en jeu.

⁴¹ On estime qu'environ 30% de leur activité est constituée de tâches manuelles de production.

Plus généralement, les travaux économétriques ont mis en évidence certaines relations causales, notamment une corrélation entre le fait pour une entreprise d'être importatrice de biens et services et la propension à exporter, ce qui induit le risque de développer une vision biaisée des effets du protectionnisme sur l'activité et l'emploi. Plus que les effets de la mondialisation en tant que telle, il faut ainsi s'intéresser davantage aux déplacements d'activité fondés sur de pures stratégies dictées par les marchés financiers, au mépris de toute logique productive.

Sur ces bases, plusieurs scénarii se dessinent : la poursuite du recul du libre-échange dans les prochaines décennies ou une recomposition dans ses formes avec une extension du bilatéralisme au détriment du cadre fondé sur le multilatéralisme d'après-guerre. A l'heure actuelle, nous sommes clairement entrés dans une phase de crise du multilatéralisme, compte tenu de la prolifération depuis le début des années 2000 des accords régionaux et des accords bilatéraux, ce qui traduit une défiance vis-à-vis du cadre multilatéral de l'OMC.

Cette effervescence du régionalisme n'est pas apparue soudainement. Avant même le chaos et l'effet de souffle provoqué par Trump et son administration, le multilatéralisme souffrait de certaines options décidées dans le cadre de l'OMC comme sur les droits de propriété intellectuelle. Les accords de Marrakech (1994) ont ainsi imposé à tous les pays du monde, à l'exception des moins avancés, le strict respect des droits de propriété intellectuelle au profit des principales oligopoles dans des secteurs comme l'industrie pharmaceutique ou les services informatiques (logiciels).

En dépit de cette crise du multilatéralisme, il ne faut pas pour autant acter trop vite la fin du libre-échange au profit d'un protectionnisme global. Le protectionnisme à l'œuvre est en effet multiforme et cohabite avec un libre-échange de plus en plus bilatéral et régional, matérialisant des rapports commerciaux directs entre grandes zones économiques (liens transatlantiques, Afrique / Amérique, Afrique / Asie) dans l'esprit de la théorie dit du « bol de spaghetti » développé par Bhagwati pour désigner l'enchevêtrement des relations commerciales entre pays⁴².

Il n'en reste pas moins que les recompositions de la division internationale du travail affectent toujours les termes du débat public autour des réformes du marché du travail et ce dans une optique systématique de régression des droits sociaux et d'affaiblissement des protections garanties par le droit du travail.

3/ La compétitivité avant tout

⁴² Cette expression a été popularisée par l'économiste indien Jared Bhagwati pour le compte de la Banque mondiale en 1995, qualifiant ainsi l'interpénétration des règles entre les pays entretenant des relations commerciales, en raison de la prolifération des accords commerciaux. Le phénomène du « bol de spaghetti » (*spaghetti bowl effect*) se manifeste alors lorsque des pays multiplient les accords de libre-échange avec des partenaires, ce qui finit par produire un réseau de plus en plus confus d'accords au risque de compliquer les échanges plutôt que de les faciliter.

Des politiques centrées sur l'amélioration de la compétitivité sont menées en France depuis maintenant trois voire quatre décennies. Il convient d'abord de préciser ce qu'on entend par compétitivité ou par politique de compétitivité et ce que visent concrètement les politiques suivies au nom de cet objectif érigé en impératif.

Si on évoque beaucoup en France, notamment dans le champ politique, des objectifs de compétitivité hors coût, avec en ligne de mire une montée en gamme de la production nationale. Or, en pratique, les politiques menées restent pour l'essentiel des politiques de coût, c'est-à-dire des politiques centrées sur les coûts de production et le coût du travail. Il est intéressant de partir de la question de la compétitivité pour aborder le cadre des réformes dites du marché du travail, tant elle paraît centrale dans le débat public et pèse plus ou moins directement sur l'action publique. De fait, l'impératif de compétitivité agit comme une contrainte extrêmement forte sur les options de politiques économiques envisagées, le plus souvent au nom d'une sorte de raison économique supérieure.

Aux origines d'un concept gazeux

La thématique de la compétitivité est apparue dans le débat public au cours des années 1980, quasi simultanément aux États-Unis et en Europe, sous l'effet de la pression exercée par les succès commerciaux de l'industrie japonaise.

Depuis lors, la mondialisation s'est encore approfondie au cours des dernières décennies, en particulier suite à l'ouverture croissante à la concurrence étrangère avec désormais la Chine comme acteur majeur et principal compétiteur. Cette nouvelle géographie commerciale a initié la montée en puissance de la notion de compétitivité pour discuter les enjeux.

On opère traditionnellement une distinction entre compétitivité coût et compétitivité hors coût (ou prix). La compétitivité prix consiste à obtenir des parts de marché vis-à-vis de ses concurrents grâce à des prix plus bas, au travers de plus faibles coûts de la main d'œuvre ou de processus productifs plus efficaces. La compétitivité hors-prix ou hors-coût repose de son côté sur l'innovation et la qualité des produits.

Dans le cadre du débat public, la compétitivité hors-coût présente ainsi sur le papier une vision plus favorable dans la mesure où elle renvoie à une hausse du niveau de formation global, des investissements dans la recherche et développement et non pas à une quête permanente de baisse des prix fondée avant tout sur une compression des coûts du travail. Bien que cette compétitivité hors-coût apparaisse souvent comme autrement plus désirable dans les discours des acteurs politiques, à l'instar du modèle appliqué dans les pays scandinaves, la réalité des mesures adoptées au cours des deux dernières décennies renvoie une toute autre image, en particulier avec une intensité d'investissement en R&D et en dépenses d'éducation beaucoup plus faible et qui peine à atteindre les objectifs annoncés, en dépit des engagements fixés dans

le cadre de la stratégie de Lisbonne⁴³. De fait, les politiques adoptées en France dans la période récente ont surtout été des politiques tournées vers la compétitivité coût⁴⁴.

La construction d'un consensus

Un consensus médiatique et politique semble s'être établi autour de cette notion de compétitivité, et plus globalement sur la contrainte externe (extérieure) qui sous-tend l'ensemble des politiques publiques et imposerait des choix économiques présentés comme incontournables.

Il faut donc s'interroger sur les ressorts de cette construction qui s'est imposée comme une forme d'évidence, en particulier dans le champ médiatique, faisant de la compétitivité une priorité parmi les contraintes extérieures. Or, les contraintes extérieures pesant sur un pays sont par nature multiples même si elles proviennent d'une source commune, à savoir l'approfondissement de la mondialisation.

Cet approfondissement de la mondialisation procède à l'évidence de choix politiques : le choix de l'intégration européenne, le choix d'adhérer au cadre de l'OMC, le choix de renoncer aux barrières douanières, l'adhésion à la monnaie unique. Tous ces choix par essence politiques ont contribué à renforcer et à démultiplier les contraintes de compétitivité, les marchés intérieurs étant soumis à l'exacerbation de la concurrence étrangère. Le consensus autour de la compétitivité s'est ainsi installé de manière précoce au sein de la classe dirigeante, notamment au cours des années 1980 où les options keynésiennes sont apparues progressivement obsolètes dans un monde ouvert puis reléguées au monde d'avant au profit des politiques d'offre tournées vers les intérêts des entreprises et la flexibilité du travail.

Cette grille de lecture a pris encore davantage de poids à partir de la crise financière de 2008. A cet égard, l'économie allemande a déjà opéré sa mue. Confrontée à une situation économique difficile dans les années 1990 face aux contraintes nées de la réunification, le pays s'est engagé dans des politiques de compétitivité qui s'apparentent dans les faits à des politiques de dumping commercial vis-à-vis de ses partenaires. Cette stratégie agressive lui a permis de dégager des excédents commerciaux considérables et d'importants excédents extérieurs, obligeant du même coup la plupart des pays européens et notamment la France à s'aligner afin de limiter autant que possible leur propre déficit extérieur.

C'est à partir de cette séquence que l'ensemble du spectre politique des partis de gouvernement (du parti socialiste à la droite, en passant par le centre) a adopté des politiques économiques et sociales orientées vers le rétablissement de la compétitivité de l'économie

⁴³ Stratégie adoptée lors du sommet de Lisbonne, lancée en 2000, qui se fixait pour objectif de faire de l'Europe « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde d'ici à 2010, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale ».

⁴⁴ *La compétitivité de l'industrie française, évolution des débats, initiatives et enjeux*, Document de travail IRES, Sauviat & Serfati, mai 2013.

française, obtenant un relatif consensus sur des mesures visant à réduire principalement le coût du travail mais aussi les impôts destinés aux entreprises.

Le fait est que les résultats obtenus suite à la mise en œuvre de ces politiques de compétitivité ne correspondent pas du tout aux objectifs présentés par exemple à l'occasion des campagnes électorales ou lors des grandes messes économiques ou médiatiques. On peut en effet observer une dégradation encore plus nette des comptes extérieurs, une situation toujours plus sombre de l'industrie et plus généralement une situation sociale moins favorable.

Ce consensus autour de la nécessité des politiques de compétitivité et des réformes menées en ce sens ne résiste pas au contraste saisissant avec la pauvreté des résultats macroéconomiques obtenus. Pourtant, cela ne semble pas ébranler les certitudes affichées par les représentants politiques, les « experts » médiatiques et une bonne partie du champ intellectuel dominant.

Après plus d'une décennie de politiques de compétitivité assumées, le déficit commercial n'a par exemple jamais cessé de se dégrader. La France connaît ainsi un déficit commercial depuis le milieu des années 2000 et la tendance reste année après année à la détérioration. Hors énergie (compte tenu du coût significatif de la facture énergétique du pays, cette composante fausse mécaniquement les comparaisons), le déficit manufacturier, symptomatique de l'état de notre appareil industriel, s'est fortement accentué sur la dernière période.

Au début des années 2010, l'économie française affichait 20 milliards d'euros de déficits, à l'arrivée au pouvoir d'Emmanuel Macron en 2017 environ 40 milliards de déficits et en 2022 80 milliards de déficits de la balance manufacturière, en dépit de politiques censées doper les exportations et permettre de réduire ce déficit.

En pratique, toutes les réformes dites de compétitivité se traduisent par des efforts importants demandés à la population avec toute une série d'effets très concrets : baisse du coût du travail, flexibilisation sous toutes ses formes, hausse des impôts non-proportionnels... C'est en effet au nom de la lutte contre ces déficits extérieurs que sont adoptées des mesures pesant lourdement sur le monde du travail sur fond de discours stigmatisant une France qui vivrait depuis trop longtemps au-dessus de ses moyens.

Globalement, nous produisons de moins en moins ce que nous consommons, ce qui constitue un enjeu déterminant du point de vue de notre modèle économique. Si on considère les biens manufacturés (donc les produits industriels), hors secteur agroalimentaire, seul un septième de la valeur ajoutée est produite en France (made in France), tout le reste étant importé. Autrement dit, une écrasante majorité de notre consommation matérielle provient des importations et dépend par conséquent des termes du commerce international, ce qui nous contraint par ailleurs à nous endetter vis-à-vis du reste du monde. Et sous l'angle de la

compétitivité, cette situation n'apparaît ni souhaitable, ni durable⁴⁵, d'autant que la facture énergétique grève déjà sensiblement et de manière structurelle notre commerce extérieur⁴⁶.

Cela signifie que notre spécialisation internationale n'est pas de nature à compenser la perte de nos industries de base, c'est-à-dire une large part des consommations usuelles correspondant à des productions réalisées pour l'essentiel à l'étranger⁴⁷. Et il ne faut pas non plus sous-estimer la concurrence accrue subie par les domaines d'excellence français alors que des pays montent en gamme rapidement et n'ont pas l'intention de se cantonner aux productions à faible valeur ajoutée⁴⁸.

Ce constat remet en cause certains paris à l'origine de la construction de champions nationaux puis européens dans l'optique de s'arroger des places fortes dans le cadre de la nouvelle division internationale du travail, sachant que les chocs autour du coût du travail visaient notamment à soutenir ces spécialisations.

La perte de substance industrielle constitue à l'évidence une catastrophe lourde de conséquences mais dont les responsables politiques n'ont pour beaucoup pas pris la mesure, sous l'effet de la mondialisation qui a généré durant les dernières décennies un processus plus ou moins intense de désindustrialisation, la France étant de ce point de vue particulièrement affectée. Notre tissu productif s'est ainsi sensiblement appauvri et les stratégies pensées pour assurer une montée en gamme et renouveler une spécialisation internationale ont manifestement négligé les coûts induits par la perte d'une solide base industrielle. Des coûts qui ne sont pas uniquement économiques, en miroir du déficit commercial et des enjeux concurrentiels, mais également sociaux, environnementaux et quantifiables en termes de dégradation des finances publiques.

Le financement des mesures de baisse du coût du travail (réduction des cotisations sociales via des exonérations et des allègements de cotisations sociales) représente ainsi un coût de l'ordre de 3 points de PIB chaque année (Gautié et Lerais, 2024).

Le nœud de la compétitivité érigé en enjeu principal

En tirant le fil du concept de compétitivité, on peut d'une certaine manière analyser la plupart des maux qui frappent notre système politique et économique. Et émettre l'hypothèse que la problématique de la compétitivité vient régulièrement contrecarrer toute volonté de changement, en tant qu'incarnation de la contrainte extérieure.

⁴⁵ Les succès commerciaux associés aux secteurs du luxe, de l'aéronautique, des produits pharmaceutiques et du tourisme dégagent des excédents tout juste suffisants pour compenser les déficits enregistrés sur l'automobile, les machines-outils, les matériaux et l'industrie textile mais pas le reste des imports (électroménager, produits numériques...).

⁴⁶ Au cours des 10 dernières années, le coût des importations énergétiques s'élève en moyenne à 50 milliards d'euros (gaz, pétrole).

⁴⁷ Dont une partie suite à des processus de délocalisations, en dépit des difficultés pour évaluer leur poids effectif et leur impact direct sur l'emploi (voir le point précédent).

⁴⁸ A l'instar de la percée spectaculaire des véhicules électriques chinois, par ailleurs largement soutenus et subventionnés par le régime.

Face à des inégalités qui se creusent, notamment au cours de la dernière décennie, les gouvernements successifs semblent accepter cette tendance structurelle comme en témoigne la situation des travailleurs de première ligne et de deuxième ligne dont les rémunérations sont pourtant unanimement reconnues comme insuffisantes. Guidée par la référence permanente au coût du travail, la compétitivité sert alors systématiquement d'alibi pour clore le débat dès lors qu'il s'agit de réfléchir à des sources de financement, ce qui se traduit par une sorte de limite et d'empêchement dans la capacité à se gouverner souverainement.

Mais quel est le véritable périmètre de la compétitivité ? La question est complexe dans la mesure où il s'agit assez largement d'un terme d'usage politique avant d'être mobilisé et investi par le champ académique et scientifique. Ainsi, les économistes rechignent globalement à recourir dans leurs travaux scientifiques à cette notion de compétitivité. Elle s'est pourtant imposée progressivement dans le débat public, particulièrement à partir de la fin des années 1970 puis dans les années 1980 aux États-Unis et en Europe sur fond d'inquiétude face à la compétition accrue de l'industrie japonaise. Cela s'est ensuite poursuivi avec l'émergence puis la montée en puissance de la Chine (adhésion à l'OMC en 2001). Dans le cas de la France, comme indiqué précédemment c'est la concurrence de l'Allemagne à partir des années 2000 a joué à plein en faveur du concept de compétitivité à mesure que notre principal partenaire économique dégagait de substantiels excédents commerciaux.

L'émergence de la compétitivité est étroitement liée avec la pression économique extérieure. Dans une économie de plus en plus ouverte au cours des dernières décennies⁴⁹, cette pression extérieure et ses effets n'ont cessé de s'accroître. Au niveau des discours politiques, la compétitivité a été bien souvent présentée sous un jour favorable et sous l'angle d'une opportunité pour le pays de tirer parti de la mondialisation et de son intégration dans la division internationale du travail afin d'assurer le plein emploi et de préserver le modèle social.

Ces discours tournent en boucle au cours des dernières décennies autour de la nécessité sans cesse renouvelée de faire des réformes de compétitivité, au risque du déclin de l'économie nationale et de pertes de parts de marché à l'exportation qui entraîneraient chômage accru et incapacité à financer durablement notre modèle social (le mantra des réformes structurelles).

La notion de compétitivité n'est certes pas qu'un pur fantasme et renvoie effectivement aux évolutions de la mondialisation et aux effets du libre-échange, légitimant une forme de nécessité. La compétitivité est ainsi une contrainte réelle qui pèse sur l'action des gouvernements, sachant que l'internationalisation des échanges comme l'adoption du marché unique européen procèdent in fine de choix politiques. Ces choix ont validé le processus d'ouverture commerciale et le renforcement de la contrainte extérieure qui l'accompagne avec l'approfondissement de la mondialisation.

D'une part, les politiques de compétitivité mises en œuvre au cours des dernières décennies sont loin d'avoir généré les gains escomptés, ce qui reflète un échec notable. D'autre part, au

⁴⁹ Le degré d'ouverture de la France (importations et exportations) a triplé en proportion du PIB par rapport aux années 1960.

regard de la multiplication des graves crises internationales (crise financière, Covid, incertitudes géopolitiques et tensions militaires, regain de conflits commerciaux), il semble essentiel de remettre la contrainte de la compétitivité à sa juste place sans l'ériger en obsession permanente au détriment d'autres contraintes structurelles pourtant déterminantes pour l'action publique (impasse environnementale, souveraineté industrielle, cohésion sociale, inégalités...).

Pour mémoire, les injonctions à la compétitivité n'ont pas toujours été aussi prégnantes, notamment durant les Trente glorieuses où cet enjeu n'apparaissait pas au sommet des préoccupations. Après la Seconde guerre mondiale, le concept de compétitivité était encore peu répandu, bien que la concurrence internationale exerce déjà une pression réelle sur les choix de politique intérieure.

D'une certaine manière, l'usage du concept de compétitivité consacre le renouvellement sous des formes différentes des injonctions patronales visant à entraver ou freiner le moindre progrès social (travail des enfants, travail du samedi, prélèvements sociaux, fiscalité...). Les habillages sémantiques de ces freins comme de la contrainte extérieure étaient donc différents mais ils n'étaient pas pour autant absents du débat public et des arbitrages de politique économique. Ce n'est en revanche que depuis les années 1980 que la concurrence internationale a pris l'ascendant sur d'autres considérations, notamment la question sociale⁵⁰, mais également les considérations géopolitiques.

Auparavant, les contraintes liées à la compétitivité passaient après les garanties associées aux impératifs d'indépendance nationale vis-à-vis du reste du monde – « l'étranger » dans le lexique du général De Gaulle - même si cela donnait lieu à des compromis pour permettre aux entreprises françaises de faire face à la concurrence et de s'insérer au mieux dans le commerce mondial⁵¹. Le point d'équilibre ne pouvait cependant pas avoir pour effet de mettre à mal l'indépendance nationale. Dans la période récente, l'injonction systématique à s'adapter à la mondialisation a clairement pris le dessus aux yeux des décideurs, si on en juge par les priorités fixées en matière de politiques publiques.

Avec la crise sanitaire et la guerre en Ukraine, les vulnérabilités de nos chaînes d'approvisionnement sont apparues au grand jour, comme notre incapacité à produire une large part de ce que nous consommons. Au-delà des discours autour de la nécessaire réindustrialisation et d'une réappropriation de secteurs stratégiques pour des questions de

⁵⁰ Au cours des années 1950, Pierre Laroque, considéré comme un des fondateurs de la sécurité sociale, reconnaît bien les tensions existant entre la hausse des cotisations sociales destinées à financer un système public de retraite et de santé et la capacité de la France à exporter ses produits à l'étranger mais il assume clairement que la construction du système de protection sociale nécessite l'acceptation d'un niveau élevé de prélèvements sociaux, faisant ainsi primer les objectifs associés à l'élaboration du modèle social souhaité sur les considérations commerciales.

⁵¹ Dans ses mémoires (*Mémoires d'espoir*, 1972), le général De Gaulle s'avère parfaitement conscient de la nécessité pour la France de s'appuyer sur des entreprises compétitives dans le cadre d'une économie ouverte aux échanges internationaux. Voir aussi *De Gaulle, Monnet et le marché commun*, L.Warlouzet, PUR, 2024. <https://books.openedition.org/pur/239352?lang=fr>

souveraineté, les compromis ne semblent pas fondamentalement remis en question. Sur le plan social, l'injonction à la compétitivité produit de plus en plus de colère dans le pays, comme en atteste l'explosion dite des « Gilets jaunes », ce qui n'apparaît évidemment pas tenable à terme tant cette dynamique a contribué à accentuer les fractures sociales au sein du pays.

Il paraît difficile de dater avec précision le basculement en France mais la montée en puissance de cet impératif s'est incontestablement cristallisée au cours des années 1980 avec le retournement d'orientation économique qualifié de « tournant de la rigueur » en 1982/1983. La victoire politique de Mitterrand et du parti socialiste en 1981 s'est produite dans un pays s'ouvrant de plus en plus à la mondialisation. Le choix d'une politique de la demande avec une relance de type keynésienne a alors pour effet d'augmenter dans un premier temps les importations et l'excédent commercial manufacturier s'en trouve mécaniquement restreint, ce qui tend alors à susciter un vif débat sur l'opportunité de poursuivre une telle politique⁵².

On sait que le choix opéré en faveur de l'intégration européenne à travers la préservation de l'adhésion au système monétaire européen (SME) aura ensuite des conséquences majeures pour le pays. Comme le soulignent nombre d'historiens⁵³, François Mitterrand a privilégié le choix de l'Europe – et de la construction européenne dans sa version libérale – au détriment du projet socialiste qui l'avait mené au pouvoir dans la lignée du programme commun de la gauche élaboré dans les années 1970. Cette orientation n'a du reste jamais été complètement assumée par ses promoteurs dans la mesure où des discours globalement critiques du libéralisme économique (voire clairement antilibéral et parfois teinté d'anticapitalisme) ont longtemps cohabité avec une pratique politique d'accompagnement et d'adhésion aux politiques menées et impulsées à l'échelon européen, notamment par la Commission européenne⁵⁴, ce qui a contribué à brouiller le débat public.

De fait, l'intégration européenne a joué un rôle majeur dans la primauté accordée progressivement à la contrainte économique extérieure. Alors que la construction du marché unique prive les Etats de l'instrument monétaire et de l'outil des droits de douane, la régulation s'opère de plus en plus au travers des écarts de compétitivité, ce qui pèsera de plus en plus sur l'évolution des marchés du travail.

Compétitivité et néolibéralisme

⁵² Pour une vision critique de l'impasse supposée de la politique mise en œuvre en 1981 par le premier gouvernement Mauroy, voir l'ouvrage de Liem Hoang-Ngoc, *Refermons la parenthèse libérale*, La Dispute, 2005.

⁵³ Voir la biographie que Michel Winock lui a consacrée, François Mitterrand, Folio histoire, Gallimard, 2015. Jacques Attali dans Verbatim rapporte également le propos suivant du président : « il faut que je choisisse entre l'Europe et la justice sociale et au final on aurait pu choisir... ».

⁵⁴ Rappelons que l'un des principaux artisans de ce choix en tant que Ministre de l'Economie et des finances de 1981 à 1984, Jacques Delors, a presque dans la foulée présidé aux destinées de la Commission européenne de 1985 à 1995.

Enfin, les injonctions à la compétitivité sont naturellement au cœur de la philosophie néolibérale et du tournant majeur opéré au début des années 1980 avec les élections de Margareth Thatcher et de Ronald Reagan.

Mais si la place croissante prise par la compétitivité est étroitement liée à ce virage idéologique, le concept présente par ailleurs l'intérêt de nouer un débat public, sachant qu'il a suscité rapidement une large adhésion au sein de la classe dirigeante et des relais d'opinion (journalistes, intellectuels, experts...). Dit autrement, les objectifs de compétitivité sont globalement perçus dans l'espace public comme favorables à l'économie et par extension à la société⁵⁵.

Contrairement au néolibéralisme, la compétitivité et la contrainte extérieure correspondent à une réalité tangible offrant davantage de prise dans le débat public. La recherche de compétitivité-coût est ainsi associée pour l'essentiel à la nécessité affirmée de baisser le coût du travail et par ce biais le prix des marchandises ou des services afin de se démarquer sur le marché international et pouvoir exporter davantage.

Concernant la dimension hors coûts (ou hors prix), il s'agit de privilégier, plutôt que la simple concurrence sur les prix, une concurrence par la qualité des produits ou les innovations. Une stratégie qui permet de prendre des parts de marché sur le marché mondial tout en dégagant les ressources pour financer le modèle social. Et on peut identifier de multiples stratégies de différenciation par l'innovation plutôt que par les prix. Dans le débat public, la compétitivité hors prix est systématiquement mise en avant à travers les annonces gouvernementales ou les plans visant le développement de l'innovation, la promotion de la qualité des produits ou la spécialisation dans le haut de gamme.

Mais en pratique, et notamment depuis les années 1990 où le modèle de croissance scandinave est alors omniprésent dans les références et les exemples à suivre, la France n'a pas mis les moyens indispensables en termes d'investissements pour tendre sérieusement vers cette stratégie ambitieuse, soit des dépenses conséquentes dans la formation et l'éducation afin de renforcer le niveau général de la population, en phase avec une plus grande spécialisation dans les productions à haute valeur ajoutée, ce qui réclame aussi des dépenses croissantes dans la recherche et développement.

A cet égard, la tendance n'est pas bonne et les comparaisons sont cruelles. Si au milieu des années 1990, la France faisait globalement jeu égal avec l'Allemagne et le Danemark pour ce qui est du niveau de dépenses de R&D rapporté au PIB, ces deux pays affichent désormais des taux bien supérieurs au taux français qui est lui resté quasi stable. Et si on envisage les dépenses de formation, le bilan n'est pas plus reluisant puisque les dépenses investies par élève dans le système éducatif, exprimées en parité de pouvoir d'achat, ressortent inférieures à celles observées en Allemagne ou au Danemark.

⁵⁵ A contrario, le concept de néolibéralisme apparaît beaucoup plus évanescent et moins accessible au plus grand nombre pour faire l'objet de débats et susciter l'adhésion.

Au total, les politiques suivies au cours des deux dernières décennies ont surtout tourné autour de la compétitivité coût, en particulier via des mesures destinées à baisser le coût du travail sous divers angles avec la multiplication des exonérations de cotisations sociales depuis la création de la CSG, prolongées encore récemment par la transformation du Crédit Impôt Compétitivité Emploi (CICE) en allègement général, à rebours des objectifs assignés initialement à la mesure.

L'accent mis sur le coût du travail s'est accompagné d'une volonté de promouvoir la flexibilité du travail en partant du principe que la flexibilisation de la main-d'œuvre permettait de renforcer les bienfaits attendus des politiques de réduction des coûts (coûts d'embauche, coûts de licenciement, facilités de rupture des contrats de travail...).

Ces tendances cadrent mal avec les discours gouvernementaux vantant l'atteinte d'un quasi plein emploi grâce à des créations d'emplois records, y compris dans l'industrie, ce qui signerait les premiers succès d'une stratégie de réindustrialisation et des investissements réalisés en ce sens.

En dépit des évolutions du taux de chômage en France qui font effectivement apparaître une baisse incontestable depuis 2015 sur un plan statistique, il faut prendre de la hauteur en considérant plus généralement le phénomène du sous-emploi⁵⁶ : au total, cette situation concerne en France plus de 5 millions de personnes, soit un phénomène massif. Autrement dit, la baisse comptable du chômage s'est accompagnée d'une poussée de la précarité, reflétant notamment l'ampleur de ce sous-emploi. Du reste, la baisse du chômage ne s'est pas traduite sur la période par une baisse du volume des prestations sociales⁵⁷ (allocations chômage, minima sociaux...), ce qui témoigne d'une amélioration de l'emploi en trompe l'œil. Cela signifie par ailleurs que la précarité est financée par la collectivité à travers la hausse des prestations sociales.

Au total, cette quête de flexibilité s'est traduite par une succession de réformes du marché du travail et des attaques incessantes contre les supposées pesanteurs du droit du travail avec à la clé une augmentation de la part des contrats à durée déterminée (CDD) dans l'emploi total, un abaissement de leur durée moyenne, davantage de facilité de licenciement et des statuts moins protecteurs pour les salariés. Ces régressions et autres reculs sociaux ont mécaniquement nourri la précarisation du travail dont l'extension est mesurable à travers une série d'indices, y compris une hausse de la pénibilité⁵⁸.

⁵⁶ Il s'agit par exemple de personnes ayant travaillé seulement quelques heures dans la semaine mais souhaitant travailler davantage. Cette réalité est appréhendée par la notion de halo du chômage, c'est-à-dire globalement les personnes comptées comme inactives mais aspirant à travailler. Voir sur ces questions le rapport du CNIS signé Jacques Freyssinet, *Emploi, chômage, précarité, mieux mesurer pour mieux débattre et mieux agir*, 2008.

⁵⁷ Entre 2017 et 2021 (source Drees), les prestations sociales (allocations logement, allocations chômage et minima sociaux visant à lutter contre la pauvreté) ont globalement stagné en valeur absolue mais augmenté en part de PIB, en dépit de la baisse du chômage.

⁵⁸ Les contraintes physiques ont augmenté significativement chez les salariés depuis les années 1980 en France.

Chapitre 3- Eclairages sociologiques et socioéconomiques autour de la flexibilité

1/ Une notion protéiforme et plurielle

Depuis maintenant plus de 40 ans, les termes « flexibilité du travail » sont employés et mis à toutes les sauces, bien souvent mobilisés dans tous les sens possibles, ce qui nécessite des clarifications sur les diverses formes possibles de flexibilité.

Il s'agit en effet d'un thème devenu aujourd'hui très multiforme, voire un peu galvaudé, ce qui impose de se pencher sur les concepts développés par les économistes ou les gestionnaires afin de tenter de mieux baliser les usages de la flexibilité du travail. Si on remonte dans le temps, les premiers économistes à avoir pointé les diverses formes d'organisation du marché du travail l'ont fait au cours des années 1970. Des auteurs⁵⁹ proposent alors une distinction devenue usuelle entre marchés primaires et marchés secondaires du travail : d'un côté, un marché primaire caractérisé par une stabilité d'emploi, des contrats à durée indéterminée, une possibilité de promotion dans le cadre de la même entreprise tandis que se développerait par ailleurs, à la périphérie de ce premier espace, un marché secondaire marqué par des contrats instables, des bas salaires, une rareté des promotions, de faibles possibilités de déroulement de carrière, des trajectoires erratiques en termes professionnels (alternance de phases d'emploi salarié, de chômage, de travail indépendant, de formes d'emploi précaires...).

Flexibilité quantitative interne

Les formes quantitatives sont probablement celles auxquelles on pense le plus spontanément quand on évoque la flexibilité du travail. La flexibilité quantitative peut être interne ou externe : quand elle est interne, il s'agit de faire varier le volume de travail à périmètre constant (on reste dans la même entreprise mais on peut faire varier, par exemple, les heures de travail prestées par les travailleurs). Cela peut déboucher sur des semaines condensées à certaines périodes de l'année, sous la forme d'une annualisation du temps de travail. Dans d'autres cas, on peut même raisonner sur un horizon temporel encore plus long⁶⁰. De ce fait, les fluctuations des heures de travail peuvent alors se calculer sur une période qui dépasse très largement la période légalement prescrite.

La flexibilité quantitative interne peut également prendre la forme d'une flexibilité de la masse salariale. Il s'agit alors de faire varier les rémunérations en fonction, par exemple, des résultats de l'entreprise ou en fonction des performances individuelles ou collectives. Cela revient à

⁵⁹ Voir en particulier les travaux de Dorringer et de Piore.

⁶⁰ On trouve par exemple des accords pluriannuels, en Belgique notamment, dans le secteur automobile avec un alignement sur la durée de vie d'un moteur.

jouer sur des paramètres qui caractérisent le fonctionnement de l'organisation, c'est-à-dire des paramètres quantitatifs à périmètre constant.

Flexibilité quantitative externe

La deuxième forme de flexibilité, toujours quantitative, peut se déplacer vers l'externe. Dans ce cas, pour faire face aux fluctuations de la demande et aux fluctuations du marché, l'entreprise recourt à une main d'œuvre temporaire sur le marché du travail. Cela renvoie évidemment au développement exponentiel de l'intérim dont il faut rappeler l'apparition et l'essor progressif, compte tenu des contraintes légales, dans la plupart des pays européens au détour des années 1980, soit un phénomène encore récent à l'échelle de l'observation sociologique. La croissance du secteur de l'intérim a été telle au cours des dernières décennies que c'est devenu, dans la plupart des pays européens, le premier secteur employeur privé, soit une transformation considérable et de nature structurelle du marché de l'emploi.

Ce secteur de l'intérim montre bien de quelle manière les entreprises peuvent s'ajuster en permanence aux fluctuations du marché. En cas de dynamique économique, l'intérêt est de pouvoir conserver un cœur de travailleurs stabilisés, correspondant au marché primaire évoqué plus haut, puis de recourir, parfois de façon quasi systématique, à des travailleurs intérimaires pour faire face aux variations ou aux pics d'activité. A cet égard, la crise économique sévère de 2008/2009 s'est précisément traduite par une vague de reflux complet du secteur intérimaire, confirmant son rôle de première variable d'ajustement des entreprises en cas de choc. Il s'agit bien un ajustement de la masse de travail aux variations de l'activité, via la flexibilité quantitative externe, en supprimant de manière privilégiée des postes intérimaires mais aussi des contrats à durée déterminée (CDD).

Ces deux formes de flexibilité quantitative sont sans doute les plus connues et les mieux documentées, mais aussi les plus visibles dès lors qu'il s'agit de flexibilité du travail. Passons maintenant du côté des formes plus qualitatives de flexibilité du travail, qui sont aussi des formes plus subtiles de flexibilité.

Flexibilité qualitative interne

Flexibilité qualitative interne tout d'abord : on se situe ici toujours dans le même périmètre organisationnel mais cette fois en commençant à jouer sur les modèles organisationnels, sur l'allocation des ressources humaines et sur les politiques de gestion des ressources humaines afin de rendre la main-d'œuvre plus polyvalente et d'une certaine manière transversaliser l'organisation. On dispose dans les théories de l'organisation de modèles pour le décrire, montrant comment on peut passer d'une conception tout à fait mécaniste et bureaucratique de l'organisation, clivée, hiérarchisée et centralisée vers des formes plus souples et plus transversales, à l'instar du management projet, ce que des auteurs nord-américains ont qualifié de formes autocratiques d'organisation avec un fonctionnement davantage par ajustement mutuel entre différents collaborateurs, dans le cadre de projets de courte ou de moyenne durée.

On remet également à l'honneur des formes de petites structures à l'intérieur des grandes entreprises – sous forme de fédération de PME – avec à l'intérieur de la grande entreprise des poches fondées sur des liens plus interpersonnels, plus souples (application du principe « *small is beautiful* »), débouchant sur de petites unités censées être plus réactives et décentralisant un certain nombre de prises de décisions. Il faut cependant noter que les décisions stratégiques y restent la plupart du temps fortement centralisées, tandis que les décisions de nature managériales et plus opératoires peuvent effectivement être plus décentralisées et laissées aux mains des opérateurs. Ces formes se sont développées au cours des 30 ou 40 dernières années, installant au sein de l'organisation même une sorte de flexibilité fonctionnelle.

On observe un mouvement tout à fait similaire en matière de gestion des ressources humaines, discipline qui s'est développée très fortement au cours des dernières décennies. Autant le modèle précédent pouvait être qualifié d'objectivant, avec de grandes règles impersonnelles s'appliquant à une large palette de domaines (rémunération, évaluation, promotion à l'ancienneté, recrutement basé sur la forme de concours, plans de formation massivement « top-down »), autant on a vu ensuite se développer, d'abord pour les fonctions d'encadrement et les fonctions d'expertise, puis, de plus en plus, pour l'ensemble des fonctions opérationnelles, des formes plus individualisées de gestion des ressources humaines, tablant sur la spécificité de chaque collaborateur et des compétences. Cette tendance traduit un glissement vers le modèle de gestion des compétences où désormais tout peut se négocier, et ce dès l'entrée dans l'entreprise (rémunération, plan de carrière, plan de développement de compétences, objectifs sur lesquels sont indexées les évaluations et une partie de la rémunération).

Il s'agit clairement d'un mouvement d'individualisation du rapport salarial qui caractérise toutes ces formes de flexibilité interne, de nature qualitative. Il faut sur ce point insister sur l'enjeu représenté par la question de la formalisation de ces dispositifs. Dans un certain nombre d'entreprises, c'est au nom de la flexibilité et de l'individualisation du rapport salarial qu'on favorise des formes très arbitraires de gestion des ressources humaines où de nombreux aspects (recrutement, promotion, rémunération) sont traités sans aucune formalisation et selon des critères peu objectivables (un peu « à la tête du client » ou « à l'intuition »). Certes, tous les actes en gestion des ressources humaines demeurent fondamentalement subjectifs ou a minima empreints de subjectivité, mais une dose de formalisation maintient un certain nombre de garanties et un processus de suivi. Or, on voit à l'évidence se développer, sous couvert d'impératif de flexibilité, des formes plus arbitraires qu'individualisantes proprement dites.

Flexibilité qualitative externe

Dernier type, la flexibilité qualitative toujours, mais cette fois externe. Cette dernière vise cette fois à toucher au périmètre de l'organisation et pour répondre aux nouveaux impératifs économiques auxquels se trouve confrontée l'entreprise, on cherche avant tout à recentrer l'entreprise sur son métier de base, appelé aussi « core business », et à développer des partenariats avec d'autres entreprises (sous-traitants, fournisseurs, partenaires d'affaires...).

On voit ici apparaître progressivement les formes d'entreprises dites réseaux qui sont devenus aujourd'hui extrêmement importantes dans la plupart des secteurs de l'économie⁶¹.

Cela pose naturellement toute une série de questions en termes de management. Comment gérer une main d'œuvre aussi diversifiée, en termes de statuts, de mode d'organisation du travail, de formation⁶². Des typologies témoignent de la diversité des formes réseaux et donc de l'absence de modèle unique. La forme la plus standard renvoie évidemment au schéma de l'entreprise principale donneuse d'ordre – dite aussi entreprise amirale – avec son réseau de petits sous-traitants qui se retrouvent généralement dans une situation de forte dépendance. Cependant, d'autres formes d'entreprises réseaux se sont développées au fil du temps, pouvant donner lieu à des tentatives de typologies étudiant par exemple la nature du partenariat⁶³ (partenariat stable ou instable).

On peut alors s'interroger sur la nature des interdépendances reliant ces différentes composantes, notamment le partage et la mise en commun des ressources humaines, à l'image des chantiers de construction et de BTP ou des chantiers de lignes de chemin de fer⁶⁴. Cela repose en pratique sur une mutualisation des ressources mais aussi possiblement des interdépendances d'activité, où l'activité d'une des composantes conditionne très directement l'activité d'une autre composante.

Il en ressort une règle générale, perceptible dans l'analyse des typologies des formes réseau : plus les interdépendances sont faibles entre les différentes mailles ou strates du réseau, plus le partenariat est instable, donc avec une courte durée dans le temps, et de façon corollaire moins cela s'accompagnera d'un investissement managérial, ce qui génère des situations fortement teintées d'incertitudes et où la démultiplication des cadres de flexibilité s'avère d'autant plus problématique à gérer.

De fait, ce genre de schéma très instable et avec une faible interdépendance conduit à des configurations qualifiées de « bricolages managériaux », selon les termes descriptifs employés aussi bien par des juristes que par des économistes qui les étudient. Cela se traduit concrètement par des formes de coopération un peu baroques où les acteurs du projet commun s'échinent à mettre en scène une fiction d'unicité, comme s'il s'agissait d'une seule et même entreprise.

⁶¹ Contrairement aux idées reçues, cela concerne aussi des secteurs traditionnels, à l'instar de la sidérurgie, où la moitié des travailleurs concernés par l'activité ne relèvent pas de l'entreprise mère, autrement dit en position de sous-traitant, de prestataire externe, de fournisseur, tout en intervenant complètement dans le périmètre de l'entreprise et en réalisant le même type d'activité.

⁶² Sur un sujet aussi central que les formations à la sécurité, l'enjeu est ainsi d'identifier les personnels à cibler en priorité entre les travailleurs du cœur et les travailleurs qui sont des intervenants externes.

⁶³ Le secteur de l'édition constitue un bon exemple de forme réseau systématique mêlant en permanence des entreprises différentes (éditeur, imprimeur, auteur, diffuseur...), fonctionnant ensemble le temps d'un projet spécifique, avant la dissolution du partenariat puis le lancement d'un autre projet, soit une forme très instable de réseau.

⁶⁴ Citons le cas emblématique du chemin de fer Thalys dont le chantier a pris la forme d'une association de 4 entreprises de chemins de fer, de 2 sous-traitants catering et de 2 sous-traitants maintenance. L'entreprise Thalys n'employait en tant que telle que 100 personnes, alors que le périmètre complet de l'entreprise concernait plus de 1.500 personnes avec des statuts extrêmement différents, très imbriqués les uns avec les autres, fonctionnant ensemble de manière permanente et posant évidemment de lourds problèmes de management.

2/ Les impacts de la flexibilité sur la gestion du travail salarié

Les principaux modèles de Gestion des Ressources Humaines (GRH)

On distingue traditionnellement trois principaux modèles de gestion des ressources humaines (GRH) dans la vie d'une organisation⁶⁵. Si on se concentre sur ces modèles dominants, qui s'appliquent la plupart du temps dans les organisations, plusieurs variables de gestion des ressources humaines apparaissent fondamentales, reflétant des différences d'approche et de philosophie en la matière :

1/ Le modèle classique, de type taylorien, de la grande entreprise industrielle : ce sont très clairement les règles impersonnelles qui régissent, à la fois la formation, l'évaluation, les règles de la carrière et de la promotion, les règles de rémunération (avec des systèmes de barème ou de grille salariale).

2/ Le modèle individualisant / compétence : La tendance à l'œuvre depuis une trentaine d'années vise à s'éloigner du modèle classique dans les pratiques managériales. Il s'agit officiellement de passer vers un modèle individualisant, avec au cœur les enjeux de formation en fonction des compétences individuelles et des conclusions de l'évaluation. Dans ce modèle, c'est en effet l'évaluation qui détermine la fixation d'objectifs sur mesure pour les salariés ; en fonction du degré de réalisation de ces objectifs, le salarié se verra ensuite proposer telle ou telle formation complémentaire, telle promotion, telle mobilité dans l'entreprise (verticale, horizontale ou fonctionnelle), telle récompense via l'octroi de primes... La logique de ce modèle compétence, dont la généralisation a été manifeste, repose dans ses principes sur l'individualisation de la relation salariale.

3/ Le modèle arbitraire : on glisse assez facilement du modèle individualisant au modèle arbitraire dans la mesure où l'essentiel des décisions (formation, rémunération, évaluation) se prend dans un cadre globalement dépourvu de règles du jeu formalisées, avec une forte centralisation de la prise de décision dans les mains d'un patron disposant de tout le pouvoir discrétionnaire sur ces sujets, ce qui se traduit par la force des choses par des traitements partiels et de ce fait souvent injustes au sein d'une même organisation.

Au total, la flexibilité peut ainsi présenter en matière de gestion des ressources humaines un double visage : un visage individualisant, plus ou moins codifié (voir plus loin les effets pervers), mais potentiellement aussi un visage autrement plus arbitraire, qui d'une certaine manière, nous ramène vers des formes du passé avec des dimensions propres au 19^e siècle, soit des formes de gestion des ressources humaines totalement dérégulées.

⁶⁵ D'autres modèles concernent des champs plus étroits (modèle conventionnel ou conventionnaliste pour les opérateurs les plus qualifiés, modèle « valoriel » dans le secteur associatif).

Les formes réseaux

Concernant les nouvelles formes d'organisation, et en particulier les formes réseau, il faut relever la différence pouvant exister avec une forme traditionnelle d'organisation, où on peut considérer qu'il n'existe qu'une seule enveloppe juridique, correspondant à l'enveloppe opérationnelle ou de fonctionnement de l'organisation. Dans cette configuration, la hiérarchie joue pleinement son rôle et la notion de management se décline bien à l'intérieur d'une enveloppe organisationnelle. On conserve ici une unicité de temps et de lieu, un marché du travail interne – pour reprendre les expressions usuelles – et une certaine homogénéité dans les statuts comme dans la progression et les modes d'organisation.

Avec le développement des formes réseaux, tout vole en éclats. D'une part, il peut coexister plusieurs enveloppes juridiques à l'intérieur d'une même enveloppe opérationnelle⁶⁶. Cela revient à désarticuler l'enveloppe juridique et l'enveloppe opérationnelle, en faisant dorénavant intervenir dans le management non seulement la hiérarchie mais aussi les partenaires d'affaires et les donneurs d'ordres qui prennent alors une place active dans la gestion de la relation d'emploi. Et partant, on voit se développer ensuite de plus en plus de situations de nature triangulaire, au sens où la relation d'emploi se retrouve triangulée, c'est-à-dire que le salarié se voit de facto confronté à une double hiérarchie : sa hiérarchie d'origine et toute une série d'injonctions provenant d'un partenaire d'affaires.

Sur ce plan, on connaît bien le cas extrême mais emblématique des centres d'appels qui ont joui d'un développement très rapide ces dernières décennies dans la plupart des pays européens. Ces centres d'appels témoignent d'une organisation où l'essentiel de la gestion RH est en pratique assurée par le client qui impose ses choix et intervient directement dans une série de domaines (composition des équipes, recrutement, formation, évaluation, horaires de travail). En clair, on assiste à un transfert de tous les attributs classiques liés à la hiérarchie vers le client, c'est-à-dire un partenaire externe. Concrètement, on sort ainsi du périmètre du droit du travail classique sur de nombreux aspects pour tendre vers des relations régies par le droit commercial⁶⁷.

Ces évolutions génèrent toute une série de problématiques nouvelles pour les juristes, dès lors qu'on sort du cadre traditionnel de la relation d'emploi, sous l'effet d'une dissolution des unités de temps et de lieux classiques. Cet entremêlement des composantes internes et externes du marché du travail produit des configurations hybrides impactant les modes de travail et les statuts, ce qui se traduit par des difficultés croissantes de gestion du travail, sous couvert de recherche accrue de flexibilité.

⁶⁶ Dans le cas du Thalys précédemment mentionné, une seule enveloppe opérationnelle cohabite avec une dizaine d'enveloppes ou entités juridiques différentes.

⁶⁷ Dans le cas des centres d'appel, c'est in fine le directeur commercial du centre qui dicte dans le contrat ses exigences concernant les paramètres évoqués, contournant de fait le droit du travail.

Les effets de la flexibilité sur le plan social

Les différentes formes prises par la flexibilité du travail entraînent des effets lourds sur le plan social, à commencer par l'explosion des contrats courts (voir par ailleurs).

Il faut considérer deux aspects distincts de la flexibilité, telle que vécue par les travailleurs. Dans un certain nombre de cas, les personnes interrogées évoquent une dimension souhaitée, ce qui est globalement un phénomène relativement récent, à l'échelle de l'histoire sociale. Le point intéressant sociologiquement renvoie à la montée des aspirations individualistes caractéristiques des sociétés contemporaines. Cela nous rappelle avant tout que la flexibilité du travail n'est pas uniquement une question dictée par l'emprise du management, mais aussi en lien, au moins dans un certain nombre de situations, avec des enjeux d'articulation entre vie professionnelle et vie privée (vie familiale, loisirs, souhaits de formation et d'évolution).

Cette part de flexibilité choisie, qui peut aussi poser des difficultés spécifiques, semble a priori moins problématique que la flexibilité subie ou imposée, qui est de son côté directement le fruit de politiques d'ajustement imposées par le management de l'entreprise. Cette dernière, à l'évidence largement dominante, est à l'origine de travaux menés par plusieurs écoles de pensée critiques autour de cette thématique⁶⁸, souvent à la croisée de la psychologie et de la sociologie, voire explicitement du domaine de la psychosociologie, et visant à documenter tous les méfaits de ces nouvelles formes de flexibilité dans le monde du travail.

Un des effets pervers les plus structurant et les plus fréquemment mis en évidence tient évidemment à toutes les inflexions reliées à la précarisation du travail. Cette précarisation peut présenter une variété de visages différents : isolement sur le poste de travail, stress généré par la poursuite d'objectifs de plus en plus exigeants, nécessité de prendre des initiatives dans des environnements de plus en plus incertains. Danièle Linhart⁶⁹ a montré combien le développement de toute une série de modes managériales pouvait être lu comme une expression des limites à la rationalisation du travail et d'une trop grande standardisation, source de chaos et d'incertitudes. Ces incitations créent inévitablement un haut degré de stress (problèmes de sommeil, pression permanente, maladies professionnelles, risques psychosociaux, burn out, épuisement professionnel...). Il faut également souligner les difficultés associées aux impératifs de conciliation entre vie privée et vie professionnelle, compte tenu du développement des horaires atypiques de travail⁷⁰.

Ces évolutions produisent une insécurité croissante dans le travail, redoublée par un affaiblissement des perspectives de carrière à long terme. Les critiques adressées à ces formes de flexibilité ont ainsi logiquement nourri la recherche scientifique et académique dans les domaines de la santé au travail, devenue au fil du temps un thème absolument central après

⁶⁸ En France, citons les travaux de Christophe Desjours, de Nicole Aubert, de Vincent de Gaulejac ou encore d'Emmanuel Renault.

⁶⁹ *La comédie humaine du travail, de la déshumanisation du taylorisme à la surhumanisation managériale*, Erès, 2015.

⁷⁰ Avec par exemple le transfert croissant, pour certaines catégories d'emploi, d'une partie du travail au domicile ou dans les lieux de transit (salons grands voyageurs des gares ou des aéroports, salons d'hôtel) où sont de plus en plus réalisés des tâches (entretiens de recrutement, entretiens d'évaluation...).

avoir été globalement négligé au cours des années 1970-80, traduisant bien l'ampleur des dégâts causés par l'extension à outrance de la flexibilité non pas choisie mais subie.

Autre effet pervers apparu avec l'extension des flexibilités et assez largement étudié par les sociologues, l'effacement des repères identitaires. Avec le développement de formes très individualisées de gestion des ressources humaines (où chacun est amené à gérer son horaire, son plan de carrière, son plan de développement de compétences...), on aboutit à une fragmentation importante du corps social et à un affaissement des repères classiques constitutifs des identités. Auparavant, être ouvrier signifiait appartenir à un collectif ; aujourd'hui, le brouillage des trajectoires (formation à telle méthode, succession de stages, performances, systèmes de promotion...) ne favorise plus une telle affiliation – ou a minima un sentiment d'appartenance – à un corps et les identités en deviennent de plus en plus diffuses⁷¹. Certains sociologues tentent de repérer l'apparition de nouvelles formes d'identités collectives, plus nébuleuses et éphémères, notamment en lien avec le développement des nouvelles technologies, mais on voit bien qu'il s'agit de cadres autrement plus friables et moins stables par nature.

Une vision plus globale et bilatérale des effets pervers de la flexibilité

Ce tableau des effets pervers présente peut-être l'inconvénient de focaliser l'attention sur une vision unilatérale centrée sur les travailleurs. D'où l'intérêt de croiser avec une vision bilatérale de cette réalité partagée et commune.

A travers le développement des formes de flexibilité du travail depuis quelques décennies, on dispose d'un corpus solide et d'une accumulation d'expériences facilitant les constats liés aux dérives managériales. Or, on recense également des effets pervers du côté managérial proprement dit. Il est ainsi intéressant à cet égard d'observer comment les économistes et les gestionnaires évoquent la flexibilité en maniant des concepts comme les coûts d'agence ou les coûts de transaction liés à ces différentes formes.

Ainsi, le coût d'agence renvoie à un modèle classique en économie mettant en évidence des comportements opportunistes dans les relations d'agence entre un principal et un agent. Il s'agit alors d'élaborer toute une série de moyens visant à contrer ou prévenir ce type de comportements opportunistes. On trouve trace de ce genre de raisonnement vis-à-vis de formes de rémunération incitative où sont pointés des effets pervers dus au recours permanent à l'objectif de prime ou de possibilité de promotion indexé sur la performance. Il apparaît alors qu'en jouant avant tout l'obtention de la prime ou l'accès à un poste supérieur, les travailleurs peuvent être tentés d'adopter des stratégies individualistes agressives au sein de leur collectif de travail, au détriment du travail en équipe et in fine de la réalisation du travail attendue. Ces attitudes néfastes font apparaître ce que les économistes qualifient de coûts d'agence, clairement reliés à la mise en place de formes très individualisantes de gestion des ressources humaines.

⁷¹ Voir sur ces questions les riches travaux de Claude Dubar.

Autre notion développée par les économistes, les coûts de transactions. En poursuivant l'analogie des systèmes de rémunération, de nombreux gestionnaires en RH ont largement misé sur les composantes variables de la rémunération⁷², incitant les salariés à composer finalement leur rémunération comme une sorte de menu à la carte.

Ce schéma pouvait sembler séduisant sur le plan des principes, en s'appuyant sur la volonté de s'adapter à la spécificité de chaque collaborateur, mais cela consiste fondamentalement à flexibiliser complètement la question centrale de la rémunération. De plus, l'ingénierie nécessaire pour mettre en place ce genre de système s'avère extrêmement lourde et complexe (conception, mise en place, dispositifs de contrôle...) et a conduit leurs promoteurs à constater l'ampleur des coûts de transaction associés à ces formes de flexibilité extrême.

On peut appliquer un raisonnement similaire à propos de l'externalisation, déjà abordée dans le cadre de la flexibilité qualitative externe. On a ainsi vu émerger dans la littérature managériale des ouvrages ou des articles traitant les coûts cachés de l'externalisation et montrant à quel point les entreprises pouvaient avoir en réalité intérêt à conserver en interne un certain nombre d'opérations – de nouveau en raison de coûts de transaction – plutôt qu'à multiplier de manière débridée la constitution de partenariats inter-organisationnels.

Au total, les effets pervers de la flexibilisation sont loin d'être négligeables du côté du management et plus généralement des entreprises. De plus, le management des organisations est confronté à une montée en puissance d'interpellations au nom de la responsabilité sociale de l'entreprise. Si on peut légitimement douter de la profondeur de certaines campagnes (gadget managérial, marketing, communication) et de la réalité des actions revendiquées, notamment vis-à-vis de leur chaîne de sous-traitance, il faut reconnaître certains effets concrets de ce type de pressions et leur capacité à peser sur leurs choix en matière de flexibilité productive⁷³. Ce type de réflexion peut dès lors inciter les entreprises à réinternaliser des activités auparavant externalisées.

La notion de flexicurité

La flexicurité, ou flexisécurité, est apparue comme une notion originale dans la mesure où elle aspire à concilier deux réalités a priori antinomiques, à savoir la flexibilité et la sécurité. Cette notion a été forgée et conceptualisée par un sociologue hollandais, Hans Adriaansen, au cours des années 1990, dans le cadre d'un décryptage des réformes initiées au Danemark et aux Pays-Bas et ayant pour objectif une fluidification du marché du travail. Les références au modèle danois (le fameux « triangle d'or ») et à ses caractéristiques, ont été nombreuses voire omniprésentes dans le débat public à certaines périodes : flexibilité importante du marché de l'emploi, des allocations chômage plutôt généreuses et des politiques actives de l'emploi. Une telle combinaison vise à favoriser une coexistence relativement harmonieuse entre un marché du travail peu réglementé (absence de contrat de travail imposé, pas de durée légale, facilités

⁷² A côté de la rémunération de base, négociation permanente d'avantages variés : congés supplémentaires, formations, avantages en nature...

⁷³ Voir les apports et les limites des projets et des législations relatives au devoir de vigilance : *Loi sur le devoir de vigilance, quelle implication syndicale dans l'élaboration des plans ?*, agence d'objectifs IRES-FO, mai 2023. Au moment où ces lignes sont rédigées, l'Union européenne détricote méticuleusement les avancées obtenues en la matière.

de licenciement) et une forte intervention publique. Le modèle hollandais, dit polder, semble globalement avoir été moins mis en avant et correspond aux mesures prises au cours de la même décennie dans le cadre de la loi flexibilité et sécurité (la « flexwet »⁷⁴). Il mêle assouplissement des modalités propres au contrat de travail et déréglementation du travail intérimaire d'un côté et dispositions sécurisant les formes atypiques d'emploi (intérim, temps partiel, travail à la tâche) en alignant les contrats de travail sur ceux des salariés stables de l'autre.

De manière générale, la flexicurité est présentée comme un état du marché du travail assurant un certain niveau de sécurité de l'emploi, mais aussi du poste de travail et du revenu, et favorisant une meilleure conciliation entre vie privée et vie professionnelle afin de faciliter les transitions professionnelles comme l'inclusion sociale. Côté flexibilité, tant numérique sur les plans interne et externe, fonctionnel et salarial dans les entreprises, elle doit permettre des ajustements plus souples aux contraintes du marché globalisé.

Si un tel cadre de réflexion analytique envisage les continuités dans un environnement économique jugé plus incertain, il n'en présente pas moins une série de limites. Sortie des contextes spécifiques danois ou hollandais, la flexicurité demeure une notion fortement teintée d'idéologie et relève pour beaucoup du discours. A cet égard, l'engouement largement partagé par de nombreux acteurs, singulièrement dans le champ politique, masque mal l'opération de légitimation des politiques mises en œuvre, l'emballage flexicurité servant allégrement à recouvrir des mesures d'une grande diversité et tendant avant tout vers la flexibilisation du travail et l'affaiblissement du droit du travail.

Surtout, la notion est vite apparue relativement peu opérationnelle et sa capacité à entraîner et à guider les actions de l'ensemble des acteurs du marché du travail reste contestable et souvent bien éloignée d'une dimension stratégique qui lui est généralement accolée, à savoir flexibiliser le marché de l'emploi et les relations collectives de travail tout en sécurisant l'emploi et le revenu des travailleurs de l'autre.

Ces limites renvoient d'ailleurs aux conceptions usuelles mêmes de la flexibilité et de la sécurité. La flexibilité peut ainsi être pensée comme une initiative d'ajustement entre activités de travail et activités économiques quand de son côté, la sécurité peut être vue comme une volonté de minimisation des risques associés à l'interaction entre ces activités de travail et les activités économiques. Il pourrait en théorie en découler une définition plus opérationnelle de la flexicurité au sens de compromis dynamique entre ces différents ajustements mais il s'agit alors d'une approche davantage centrée sur le terrain et les besoins concrets des acteurs et non un concept imposé d'en haut.

⁷⁴ <https://sociaalsecurity.belgium.be/sites/default/files/content/docs/fr/publications/rbss/65/rbss-65-3-18-les-travailleurs-flexibles.pdf>

Chapitre 4 - Les réformes du marché du travail : entre pressions économiques et contraintes européennes

1/ Les évolutions du cadre théorique dans les années 1980

La microéconomie du travail émerge à travers un foisonnement de nouvelles théories et d'éléments de réflexion novateurs au cours des années 1980⁷⁵. Cela va alimenter progressivement le corpus théorique qui domine aujourd'hui encore les analyses du marché du travail orthodoxes dont les fondamentaux n'ont pas beaucoup évolué depuis (*insiders / outsiders*, salaire d'efficience, salarié « tire au flanc »...). De nouvelles prescriptions en découlent dans le cadre des politiques de l'emploi, sachant que le niveau de l'emploi dépend de toute une série de paramètres.

Dans cette optique orthodoxe, plus les allocations chômage sont élevées, plus les salariés et leurs négociateurs auront tendance à réclamer des hausses de salaires importantes, ce qui compte tenu des modalités de maximisation du profit va conduire les entreprises à moins embaucher. L'objectif est alors d'affaiblir les *insiders*, notamment les syndicats et leur pouvoir de négociation, et réduire le niveau des allocations chômage. De fait, ce type de politique sera mis en œuvre, certes à des degrés divers, dans l'ensemble des pays de l'OCDE.

Globalement, la microéconomie du travail va ainsi contribuer à renverser les analyses. Le chômage n'est plus considéré comme la résultante d'un défaut d'embauches de la part des employeurs mais attribué à des comportements jugés égoïstes de la part des *insiders* ; dans un registre similaire, le salaire d'efficience pousse les entreprises à proposer des niveaux de salaire supérieurs à leur niveau concurrentiel, d'où des salaires trop élevés par rapport à la productivité réelle et des effets néfastes en termes d'emploi.

Selon cette grille de lecture, la problématique du chômage renvoie essentiellement aux comportements des salariés en poste, au détriment des *outsiders*. Les modalités de la protection de l'emploi et les difficultés supposées à se séparer des salariés en CDI seraient ainsi à l'origine des problèmes d'embauche. Sur un plan sémantique, la notion de séparation postule implicitement une forme de relation équilibrée entre les parties en faisant fi du lien de subordination et du rapport de force fondamentalement inégal. La réduction des protections de l'emploi apparaît alors comme un préalable à l'amélioration de l'emploi global.

Au milieu des années 1980, Olivier Blanchard et Larry Summers illustrent le phénomène dit de l'euroscélérèse et d'hystérèse⁷⁶ du chômage en pointant le fait que l'accumulation de mauvaises politiques économiques crée une forme de cristallisation du marché du travail autour d'une forte proportion de chômeurs de longue durée en raison d'une poche croissante de personnes mises de côté et exclues de l'emploi.

⁷⁵ La création en 1983 de la revue *Journal of labor economics* signe d'une certaine manière l'acte de naissance de la microéconomie du travail.

⁷⁶ O. Blanchard, L. Summers, *Hysteresis and the European Unemployment problem*, NBER, Macroeconomics Annual 1986 (vol 1), MIT Press, Cambridge. L. Phaneuf, *Hystérèse du chômage : faits, théories et politiques*, 1988.

On peut identifier un empilement de dimensions qui influent sur les politiques publiques suivies ces quatre dernières décennies : une dimension macroéconomique ; une dimension idéologique dite du ruissellement⁷⁷ (*trickle down*) ; une dimension microéconomique (nouvelles théories du marché du travail). Fondamentalement, les causes structurelles du chômage reposeraient avant tout sur les épaules des salariés eux-mêmes à travers leurs comportements individuels et collectifs.

Ces théories sont pour partie le fruit de travaux et de recherches menées par des chercheurs européens et ont rencontré du fait de cette proximité intellectuelle un succès très rapide sur le vieux continent.

Suite aux législatives de 1986, l'accession au poste de Premier Ministre de Jacques Chirac se traduit par l'adoption d'une stratégie fondée sur un objectif de décomposition du salariat. Le recours aux CDD, initié sous Barre, se voit largement facilité et encouragé de même que l'intérim dont le développement sera remarquable (la France occupe la troisième place sur le marché mondial de l'intérim). L'idée sous-jacente est clairement de fractionner et de fracturer le bloc des insiders en faisant cohabiter au sein de l'entreprise des statuts très différents.

Le nouveau changement de majorité en 1988 ne débouche sur aucune remise en cause de ces prescriptions. Sous le gouvernement Rocard, l'instauration du RMI vient simplement combler un manque, sous l'angle du traitement social du chômage, alors que la majorité des pays développés dispose déjà d'un revenu minimum universel depuis plusieurs décennies.

Dans les années 1990, l'OCDE s'aligne sur le FMI et la Banque mondiale avec un consensus sur les politiques de l'emploi calqué sur le consensus de Washington qui conditionne l'aide au développement à la mise en œuvre de réformes libérales. Les études de l'OCDE sur l'emploi prétendent guider les politiques en la matière dans l'ensemble des pays membres. Il s'agit donc d'un consensus transatlantique qui propose une analyse face aux évolutions communes (globalisation des échanges, changement technologique et organisationnel) se traduisant inévitablement par une progression des inégalités salariales. Si aux Etats-Unis, les inégalités croissantes se développent sans chômage, l'Europe se distingue par une modération des inégalités mais une hausse significative du chômage, en particulier pour les segments les moins qualifiés.

Devant ces constats qui reflètent deux configurations institutionnelles distinctes, l'OCDE prône une attention plus forte aux inégalités en matière d'emploi, considérant les inégalités salariales secondaires. Cela se traduit par une série de recommandations qui illustrent parfaitement le cadre théorique sous-jacent.

⁷⁷ Cette notion de ruissellement sera reprise à son compte par Emmanuel Macron pour justifier les mesures adoptées sur le plan fiscal en faveur des catégories aisées de la population.

The recommendations of the *OECD Jobs Study* of 1994 were grouped under nine headings:

1. Set macroeconomic policy such that it will both encourage growth and, in conjunction with good structural policies, make it sustainable, i.e. non-inflationary.
2. Enhance the creation and diffusion of technological know-how by improving frameworks for its development.
3. Increase flexibility of working-time (both short-term and lifetime) voluntarily sought by workers and employers.
4. Nurture an entrepreneurial climate by eliminating impediments to, and restrictions on, the creation and expansion of enterprises.
5. Make wage and labour costs more flexible by removing restrictions that prevent wages from reflecting local conditions and individual skill levels, in particular of younger workers.
6. Reform employment security provisions that inhibit the expansion of employment in the private sector.
7. Strengthen the emphasis on active labour market policies and reinforce their effectiveness.
8. Improve labour force skills and competences through wide-ranging changes in education and training systems.
9. Reform unemployment and related benefit systems - and their interaction with the tax system - such that societies' fundamental equity goals are achieved in ways that impinge far less on the efficient functioning of labour markets.

Parmi elles, un nombre important touche aux évolutions souhaitées du marché du travail. La numéro 3 porte ainsi explicitement sur la flexibilité du temps de travail et la numéro 5 concerne la flexibilisation du coût du travail afin qu'il reflète davantage les conditions locales du marché du travail, notamment pour les jeunes entrants. La recommandation numéro 6 critique le système de sécurité sociale qui entraverait la croissance de l'emploi et la numéro 9 invite à revoir les dispositifs d'assurance chômage.

Cet ensemble de prescriptions se retrouve dans des rapports produits par le commissariat au plan⁷⁸ ou dans des travaux issus de commissions missionnées par les gouvernements en place⁷⁹. Fort de cette apparente légitimité scientifique, des mesures concrètes sont appliquées en lien avec ces nouvelles orientations. C'est particulièrement le cas avec la baisse du coût du travail au niveau du salaire minimum avec une suite d'exonérations (cotisations familiales en juillet 1993, exonération dégressive en septembre 1995, ristourne dégressive en octobre 1996, les aides relatives aux 35 heures en janvier 2000, la ristourne Fillon en janvier 2005).

On notera au passage une continuité qui transcende les clivages et les alternances politiques, ce qui interroge dans un monde soumis à des changements importants sur la période (organisation du travail, effets de la démocratisation scolaire sur les niveaux de qualification). De plus, des pays font au même moment des choix inverses en instaurant ou en relevant significativement le salaire minimum (Royaume-Uni, Irlande, Australie), fixé à un niveau

⁷⁸ Citer les plus représentatifs.

⁷⁹ Notamment la commission Maffesoli sous le gouvernement Balladur.

comparable au SMIC français alors qu'il s'agissait d'un des freins supposés les plus puissants à la création d'emplois dans le cas français.

Les évaluations laissent apparaître une efficacité de plus en plus limitée de ces politiques visant une amélioration de la compétitivité à travers une réduction du coût du travail et plus généralement une modération salariale durable. Si les multiples dispositifs d'exonérations ont manifestement favorisé l'emploi peu qualifié (environ 300.000 emplois), comme en atteste le coup d'arrêt mis à son effondrement dans les années 1990, l'effet sur l'emploi global est quasi nul et demeure à ce jour non démontré. Or, la généralisation des exonérations à toutes les entreprises par Fillon présente un coût faramineux pour les finances publiques (au moins 30 Mds d'euros par an soit des centaines de milliards cumulés) sans effet notable sur le niveau agrégé de l'emploi.

2/ Une brève histoire politique du chômage ou le sacrifice volontaire de l'emploi

François Mitterrand (1993) : *« tout ce qui est classique, soit par l'économie, soit par le social pour lutter contre le chômage a échoué »*

François Hollande (2013) : *« c'est vrai que j'ai fixé l'objectif de l'inversion de la courbe du chômage, pour parler plus clair encore, de la baisse du chômage »*

Muriel Pénicaud (2019, sic) : *« c'est une réforme résolument tournée vers le travail, vers l'emploi, contre le chômage et pour la précarité... euh contre la précarité pardon »*

En dépit des cycles conjoncturels et des améliorations relatives de l'emploi, le chômage demeure un sujet lancinant de l'actualité sociale. Rétrospectivement, nous sommes donc face à plusieurs décennies de décisions politiques et économiques qui doivent être examinées et jugées à l'aune du développement du chômage de masse.

Cette période charnière correspond à une phase de perte consentie et volontaire des leviers économiques et financiers – notamment la monnaie – au prix d'une montée des chocs sociaux et des souffrances qui en découlent en termes de chômage et de précarité de l'emploi. Il faut en effet établir des liens entre des mécanismes concernant les évolutions du pilotage macroéconomique (flux financiers, monnaie, action de l'Etat, rôle des banques) et les problématiques d'emploi et de chômage.

Si l'on en croit les déclarations des décideurs politiques, la lutte contre le chômage constitue pourtant une boussole permanente de leur action avec la réalisation du plein emploi comme objectif prioritaire et cardinal. A cet égard, l'emprise croissante de l'idéologie néolibérale apparaît comme une matrice incontournable, aux antipodes du pragmatisme revendiqué et d'une supposée neutralité des choix politiques. Loin de s'effacer, l'Etat déplace les lignes de son intervention au service des intérêts du marché et des politiques dites de compétitivité.

Le droit privé prend par ailleurs une place primordiale (institution indépendante pour gérer la monnaie, diabolisation de l'inflation et des déficits publics, gestion des finances publiques

comme un ménage donc en « bon père de famille ») tandis que la stabilité de la monnaie est alors présentée comme la garante de l'ordre social. Dans cette double optique, l'adoption de réformes structurelles devient une forme de mantra pour installer la France sur les bons rails de la compétition mondiale et affronter la concurrence sur le grand marché international. Le chômage devient dans ce nouveau cadre une variable d'ajustement du fonctionnement de l'économie, autrement dit un dommage collatéral jugé inévitable et en ce sens quasi naturel. Cette acceptation du chômage s'inscrit dans une vision plus proche d'un choix du chômage que d'une préférence pour le chômage. De fait, l'importance du taux de chômage constitue une pression à la baisse des salaires et dans le même temps permet de mettre sous l'éteignoir la contestation sociale, ce qui n'est pas pour déplaire aux tenants de la libéralisation.

Selon Alain Supiot, la structuration juridique de l'Etat social s'est fondée conjointement sur le droit du travail, la sécurité sociale et les services publics. En dépit des coups de boutoir répétés, cette structure résiste tant bien que mal en France, globalement mieux que dans la majorité des pays, aux assauts néolibéraux. Ces transformations s'inscrivent à l'évidence dans une véritable bataille culturelle visant à imposer un récit sur l'avenir du modèle social. La vision économique progressivement partagée par les principaux partis de gouvernement pour ce qui est des principaux objectifs et des priorités est venue fragiliser cette résistance collective, dans un contexte de défiance croissante vis-à-vis du politique comme en témoigne la montée visiblement inexorable de l'abstention en longue période.

Si on s'intéresse aux réalités de l'emploi précaire, c'est en effet plus de 9 millions de personnes qui y sont confrontées en France, soit bien au-delà du chômage lui-même. A cet égard, la crise des gilets jaunes a constitué une alerte significative en mettant bien en lumière le spectre de situations où l'emploi ne suffit pas à vivre correctement ou décemment de son travail.

3 / une évolution convergente des modèles sociaux en Europe.

L'organisation du droit du travail mobilise les gouvernements européens depuis plusieurs décennies. C'est en s'inscrivant dans ce sillon que dès son élection en 2017, Emmanuel Macron a mis en avant sa volonté de réformer une fois de plus le code du travail sur un certain nombre de sujets (indemnités de licenciement, formation professionnelle, redéfinition des modalités du dialogue social) alors que la loi dite El Khomri venait à peine d'entrer en vigueur. Pour ce faire, les gouvernements ont eu recours à des voies pour le moins non consensuelles (article 49-3 ou ordonnances) afin de contourner les oppositions et les contestations. Dans le cadre de la lutte contre le chômage, il s'agit clairement de renforcer la flexibilisation sous couvert de libéralisation voire de libération du travail dans les discours.

Cette philosophie s'inscrit dans la continuité des politiques menées précédemment et épouse les préconisations néolibérales qui innervent les transformations du marché du travail en Europe depuis une trentaine d'années.

On peut recenser cinq grandes catégories de mesures communes :

- Inciter les demandeurs d'emploi à la reprise d'emploi, y compris de nature précaire, via la réduction des indemnités de chômage ou en favorisant le cumul de ces indemnités avec l'occupation d'un emploi ;
- Favoriser le développement des contrats courts type contrats de mission ;
- Faciliter les licenciements (plafonnements des indemnités prud'homales) ;
- Baisse du coût du travail à travers des allègements de cotisations ;
- Mesures visant à modifier les modalités de négociation dans le cadre d'un dialogue social à des niveaux où les salariés sont dans un rapport de force moins favorable face aux employeurs ;

L'enchaînement et l'enchevêtrement des réformes en matière de régulation du marché du travail rendent délicate leur évaluation. Partant du postulat que les pays disposant d'une législation de protection de l'emploi (LPE) forte se distinguaient par des taux de chômage plus élevés, l'OCDE s'est faite dès les années 1990 l'ardente promotrice de leur assouplissement avec dans le cas de la France une cible toute trouvée, le code du travail. Pourtant, cette institution a dû dès 2004 reconnaître l'impossibilité de démontrer les effets positifs des réformes engagées sur le volume d'emplois.

Les institutions européennes ont repris à leur compte ces recommandations, en phase avec les orientations en matière de gouvernance économique prônant l'austérité budgétaire. En effet, les réformes du marché du travail en question présentent l'avantage d'être économes en dépenses publiques, du moins en coût direct, à l'instar de celles visant des restrictions de l'indemnisation chômage.

En longue période, ces réformes ont accompagné la précarisation de l'emploi (temps partiel, contrats temporaires) et l'affaiblissement des salaires qui en découle. Sur un plan macroéconomique, cette stratégie pèse sur la croissance du fait même de l'extension de la précarité.

Les principales sources d'inspiration étrangères

Le modèle danois a été largement invoqué pour vanter les mérites des réformes du marché du travail compte tenu de ses succès apparents en termes de chômage, de dynamique économique et de maîtrise des comptes publics avec la flexisécurité en figure de proue. La flexisécurité à la danoise repose d'un côté sur un système d'assurance chômage généreux⁸⁰ et de l'autre sur une législation souple du marché du travail en termes de réglementation sur les modalités de recrutement et de licenciement. Parallèlement, une politique active de l'emploi vient compléter le schéma en accompagnant les demandeurs d'emploi. Après 13 semaines

⁸⁰ Des indemnités représentant 90% du salaire de référence des trois derniers mois.

d'inscription au chômage, les demandeurs d'emploi doivent engager une formation ou justifier une recherche active d'emploi.

Au Danemark, ce modèle s'est mis en place au cours des années 1990⁸¹ alors que le pays affichait un taux de chômage élevé (12 à 14%) avec pour objectif la conciliation entre flexibilité accrue du marché du travail et sécurisation des demandeurs d'emploi. Les résultats sur le front du chômage sont assez spectaculaires puisque son taux est descendu sous les 5% en moins d'une décennie (3,5% en 2008) avant de remonter autour de 7%, notamment sous l'effet de la crise financière. A côté d'une négociation collective dynamique, le modèle repose sur un effort important de formation tout au long de la vie financé par une fiscalité élevée (taux de TVA à 25%, tranche marginale de l'impôt sur le revenu supérieure à 60% et taux moyen d'imposition de l'ordre de 45%).

Le consentement social de la population s'appuie sur les contreparties en matière de dépenses actives et de niveau d'indemnisation. Pour rappel, la gestion des caisses d'assurance chômage est assurée par les organisations syndicales, une forte incitation à l'adhésion malgré une érosion dans les jeunes générations qui rechignent à s'acquitter de cotisations syndicales relativement élevées. Ce rôle actif des syndicats dans l'indemnisation du chômage s'accompagne d'une absence de cotisations employeurs suppléée par l'impôt. Il s'inscrit également dans une tradition de compromis social où la faiblesse de la réglementation encadrant les licenciements est compensée par une négociation dynamique sur l'ensemble des sujets (rémunération, temps de travail...) dans une logique de compromis social.

Le concept de modèle nécessite le rassemblement d'un certain nombre de critères mais le juge de paix reste l'efficacité constatée en termes de taux de chômage. Dans un passé pas si lointain (années 1980), la Suède avait précédé le Danemark comme modèle à suivre en termes de système d'activation des dépenses passives. A la fin des années 1990, la remontée des taux de chômage en Suède a sonné le glas du modèle suédois au profit des références au Danemark et au Royaume-Uni avec des recettes libérales diamétralement opposées (grande faiblesse des indemnités chômage, degré de pauvreté important et hyper-flexibilité de l'emploi).

4/ Construction européenne et réformes du travail

Il ne semble pas envisageable ou concevable d'évoquer les réformes successives du marché du travail (et du code du travail) sans les resituer dans un cadre plus général, celui des contextes européen et international. De fait, les tendances à l'œuvre en France comme dans l'ensemble des pays européens sont à relier plus ou moins directement aux orientations des institutions européennes. Cela nécessite de se replonger dans les communications officielles et les documents de travail, parfois techniques, produits par ces institutions. Ce type d'éclairage vise à mieux appréhender et interpréter les invitations faites régulièrement aux Etats à faire évoluer leurs législations nationales en matière de droit social.

⁸¹ Selon certains économistes et historiens danois, la flexicurité est profondément ancrée dans la culture nationale depuis le compromis de 1899 qui a instauré un mode de négociation entre représentants patronaux et organisations syndicales.

Pour mémoire, le 20e siècle correspond sur un plan historique à une phase de réglementation des droits du travail signant clairement l'amélioration de la protection des travailleurs, dans un environnement marqué par une forte syndicalisation. A compter des années 1980, le progrès social inhérent à la généralisation de ces protections a laissé place à une phase de reflux dominé par des objectifs de déréglementation. Il s'agit clairement d'un tournant dans l'approche du droit du travail après la période dite fordiste propre aux Trente Glorieuses, sous les effets conjugués des mutations technologiques et des profondes transformations dans l'organisation du travail. La flexibilité devient alors la boussole des réformes du droit du travail avec pour horizon un rôle de paramètre d'ajustement aux contraintes de la globalisation et du marché dans l'arsenal et la boîte à outils des politiques de l'emploi.

A l'échelle européenne, les modalités de la construction progressive de l'Union économique et monétaire traduisent la priorité accordée à l'intégration économique. En conséquence, et dans une optique ordo libérale, le progrès social n'apparaît pas comme un axe central mais au mieux comme une résultante attendue des performances économiques générées par les bienfaits de la libéralisation des marchés qui apparaît comme la véritable pierre angulaire de la construction européenne.

Le cadre européen des réformes du marché du travail

Le cadre européen s'est forgé autour de deux orientations : d'abord, l'idéologie libérale du contexte européen qui a été renforcée par la crise ; ensuite, le cadre qui paralyse les politiques sociales nationales, notamment sous les effets de la gouvernance économique européenne.

Il faut insister sur la persistance des ressorts idéologiques libéraux malgré la profondeur de la crise financière de 2008 qui avait semblé ouvrir durant un court laps de temps un espace de réflexion sur les impasses du modèle néolibéral mais rapidement les institutions comme les gouvernements sont revenus dans les clous de la doxa, en particulier dans le domaine des injonctions aux réformes du marché du travail. Parmi les raisons invoquées pour légitimer les réformes, on trouve toute une palette d'arguments dont certains ne sont d'ailleurs pas infondés.

En effet, le droit du travail s'est largement construit sur un modèle fordiste progressivement écorné par les mutations du travail nécessitant à l'évidence des adaptations, à l'instar des recommandations du rapport Supiot.

Encadré rapport Supiot

Intitulé « Au-delà de l'emploi », ce rapport a été présenté en 1999 à la demande de la Commission européenne puis réédité en mars 2016 avec une préface très instructive et une tonalité très critique des évolutions observées depuis en matière de protection du travail.

Dans ce document, Alain Supiot revient en détails sur les transformations vécues par le travail, rappelant les bases industrielles sur lesquelles s'est développé le droit du travail. Les ouvriers pouvaient dérouler toute leur vie professionnelle au sein de la même usine, le chômage demeurant résiduel. Face aux changements lourds, il préconisait de prendre en compte un état

professionnel du travailleur surpassant le simple lien d'emploi, autrement dit envisager non plus un droit du travail fondé sur un rapport contractuel ponctuel mais des droits, notamment des droits de tirage sociaux, visant à inscrire l'étape professionnelle dans l'individu tout au long de sa carrière et à lui garantir le maintien de revenus lors des périodes d'interruption (chômage, maladie, formation, formation professionnelle...).

Avec le recul, l'influence intellectuelle et le rayonnement doctrinal du rapport Supiot restent importants, malgré son enterrement immédiat par la Commission européenne et en dépit de l'instrumentalisation douteuse de quelques idées y figurant pour justifier ensuite certaines réformes allant dans le sens des politiques dites de flexicurité.

Interrogeons-nous sur les raisons idéologiques profondes qui aboutissent à une mise en concurrence des droits nationaux du travail.

Les pistes vers la promotion de la flexicurité

La flexisécurité, inspirée par le Danemark et plus largement par les modèles sociaux scandinaves, repose sur la combinaison de rapports contractuels flexibles avec des contrats de travail à de courte durée (temps partiel, contrat intérimaire) ainsi que des relations flexibles facilitant les ruptures et les ajustements rapides aux besoins des entreprises et, en contrepartie, une sécurité pour les salariés afin de leur assurer des parcours professionnels et des indemnités, notamment lors des périodes de chômage.

En pratique, les orientations européennes consistent à instaurer une mise en concurrence des droits du travail nationaux, critiqués pour leur supposée rigidité préjudiciable au bon fonctionnement des marchés et au degré de compétitivité des entreprises. Ce discours européen devient prédominant dès le milieu des années 2000 comme l'illustre parfaitement le livre vert sur le droit du travail⁸² vantant la modernisation et l'adaptation via entre autres recommandations la réduction des coûts sociaux grâce à un recours élargi aux formes de travail indépendant et atypique (intérim, temps partiel, durée déterminée).

Le droit du travail est ici clairement identifié à un facteur de rigidité et de segmentation du marché du travail en raison des obligations relatives à la protection des salariés comme les procédures de licenciement, le respect de délais de préavis, les modalités d'indemnisation en cas de rupture du contrat de travail de manière injustifiée, la défense syndicale. L'assouplissement de ces règles, ou mieux leur suppression, sont préconisées pour tendre vers une flexibilisation du marché du travail. L'année suivante en 2007, une communication de la Commission encourage le développement de la flexicurité⁸³ et enfonce le clou en préconisant des dispositions contractuelles « souples et fiables », autrement dit dans le sens de la sécurité juridique en faveur des employeurs, ou des stratégies globales d'apprentissage tout au long de la vie visant à favoriser l'employabilité des individus.

⁸² *Moderniser le droit du travail pour relever des défis du 21^e siècle*, Livre vert, 2006.

⁸³ *Vers des principes communs de flexicurité*, Communication de la Commission européenne, 2007.

Plus généralement, il s'agit de promouvoir des politiques actives du marché du travail, en particulier en réduisant l'indemnisation du chômage afin de créer davantage d'incitations du côté des travailleurs à retourner au plus vite sur le marché du travail. De même, les systèmes de protection sociale doivent se moderniser, ce qui sous-entend dans le langage néolibéral économies financières et recours accru au marché.

On retrouve ensuite l'ensemble de ces préconisations dans la définition de la stratégie européenne de l'emploi, qui reste encore aujourd'hui le cadre officiel de promotion de la flexibilité, y compris en termes d'inflexion du droit du travail.

La crise financière de 2008 est clairement une occasion manquée de remettre en cause les fondements du paradigme libéral, dans la mesure où les événements ont très largement contredit les présupposés théoriques. Dans une première phase, les États membres ont géré eux-mêmes directement les conséquences de la crise en mettant en œuvre de manière massive les flexibilités proposées par leur droit du travail, permettant au passage d'illustrer par l'exemple à quel point la souplesse était déjà présente au sein des différentes législations. Cela s'est notamment traduit par la mobilisation des dispositifs de chômage technique ou de chômage partiel, par l'arrêt massif des contrats de travail intérimaire ou aux licenciements économiques. Sur le plan macroéconomique, les amortisseurs sociaux, pourtant vilipendés en temps normal, ont fait la preuve de leur efficacité pour atténuer les effets du brutal retournement économique.

Face à l'urgence économique et sociale, les institutions européennes n'ont pas brillé par leur réactivité et ce n'est que dans un second temps que l'Union européenne revient sur le devant de la scène, mais, loin de tirer les leçons de la séquence historique et de la profondeur de la crise qui viennent de se dérouler, cette reprise en main consiste à réitérer ses propositions de réforme des droits du travail nationaux à compter des années 2009/2010, toujours dans le sens d'un affaiblissement des protections du travail et des salariés.

On assiste alors dans les États européens à la multiplication de mesures d'évitement du licenciement et du recours aux juges en cas de contentieux, un relèvement de l'ancienneté permettant de déclencher les règles sur le licenciement, une révision à la baisse des sanctions indemnitaires, une remise en cause de la réintégration intervenant comme modalité de sanction en cas de licenciements injustifiés, un accroissement de la durée des périodes d'essai pouvant aller jusqu'à deux ans.

Du reste, un certain nombre de ces réformes et des mesures afférentes ont fait l'objet de sanctions de la part du Comité européen des droits sociaux ou de l'Organisation internationale du travail en raison de leur non-conformité avec les normes fondamentales internationales du travail.

La gouvernance économique européenne

Les fondements idéologiques et théoriques évoqués précédemment prennent vie dans le cadre défini par les États-membres en matière de gouvernance économique européenne. Après s'être contenté de rappeler les lignes directrices et les objectifs de la stratégie européenne pour l'emploi, communément appelée « stratégie 2020 » (avec un objectif de

taux d'emploi de 75%), l'UE a relancé une gouvernance économique construite autour de deux instruments principaux : le pacte de stabilité et de croissance et le TSCG (Traité sur la Stabilité, la coordination et la gouvernance).

Le pacte de stabilité et de croissance, date de 1997, et instaure pour la zone euro deux modes d'actions : une action de nature préventive consistant en un processus de surveillance multilatérale. Les différents États de la zone euro sont invités à présenter chaque année leurs objectifs budgétaires à moyen terme dans un programme de stabilité actualisé. En cas de dérapage budgétaire se met en route un système d'alerte puis une procédure coercitive ou dissuasive (article 126 du TFUE) est activée dès lors qu'un État membre affiche un déficit budgétaire supérieur à 3% de son PIB.

Ces modalités ont ensuite été renforcées en 2012 après l'adoption du TSCG par l'Union économique et monétaire. Validé en mars 2012 par les 25 États membres de la zone euro⁸⁴ et applicable à partir du 1^{er} janvier 2013, ce traité est notamment le fruit des pressions exercées par l'Allemagne sur ses partenaires européens afin de durcir les contraintes budgétaires en contrepartie d'une solidarité financière. Il s'agit concrètement d'adopter une sorte de règle d'or (avec inscription dans les constitutions des États membres). La France a ainsi adopté cette règle d'or par la voie d'une loi organique datant de novembre 2012⁸⁵, sans autre modification de la Constitution après avis favorable du Conseil constitutionnel.

Le semestre économique européen

La gouvernance économique est insérée dans le cadre d'un semestre économique européen. Comprenant plusieurs phases, il se déploie entre janvier et juillet. La Commission européenne procède dans un premier temps à une analyse annuelle de la croissance des États membres puis à l'issue de débats, elle établit une série de recommandations u mois de juillet, soumis à l'adoption du Conseil européen des ministres de l'Economie et des Finances (Ecofin). Dans une logique de benchmarking, le Conseil Ecofin produit alors un tableau de bord pour chaque État membre, visant clairement à comparer les États membres entre eux en termes de réalisation de leurs objectifs respectifs. Ce schéma propose aussi en pratique une évaluation économique comparée des législations du travail, ce qui revient de fait à promouvoir le nivellement par le bas du degré de protection en servant sur un plateau un argumentaire, tableaux chiffrés à l'appui, en faveur des réformes nationales du travail sur une série de sujets (réglementation du licenciement, temps de travail, congés...)

En matière de droits sociaux, la gouvernance économique européenne produit une littérature (doctrine) et émet des recommandations on ne peut plus claire quant à leur orientation libérale : recul de l'âge de départ à la retraite, promotion de la retraite par capitalisation, développement de la flexibilité interne, privatisation des services publics, restrictions salariales – tout particulièrement dans la sphère publique où les Etats sont décideurs – , décentralisation accrue de la négociation collective vers le niveau de l'entreprise au détriment des branches.

⁸⁴ Hors Royaume-Uni, République tchèque et Croatie.

⁸⁵ Référence loi organique.

Dans le cas de la France, les recommandations du Conseil ont ainsi régulièrement pointé des objectifs dans le sens d'un assouplissement ou d'une suppression de seuils réglementaires prévus par le droit du travail ; du maintien des dispositifs de réduction du coût du travail (type crédit d'impôt pour la compétitivité de l'emploi (CICE) ou des mesures issues du pacte de responsabilité) ; d'une réforme du processus de formation des salaires⁸⁶ garantissant une évolution au rythme de la productivité et notamment concernant celles du salaire minimum une attention portée à une compatibilité avec la promotion de l'emploi et le soutien de la compétitivité des entreprises.

Cela se traduit en termes d'objectifs assignés à la France, par exemple pour l'année 2015, par une invitation à « réformer le droit du travail afin d'inciter davantage les employeurs à embaucher en contrat à durée indéterminée », une ligne directrice qui sera reprise dans le projet de loi Travail porté par Myriam El Khomri.

Dans le détail, il s'agissait de :

« Faciliter, aux niveaux des entreprises et des branches les dérogations aux dispositions juridiques générales, notamment en ce qui concerne l'organisation du temps de travail ». On retrouve ici une remise en cause claire et nette de ce qui relève du principe de faveur dans notre pays avec une vision élargie des dérogations dans le domaine de l'organisation du temps de travail, au risque de s'éloigner des normes impératives du travail.

« Réformer la loi portant création des accords de maintien de l'emploi en vue d'accroître leur utilisation par les entreprises ». Cet objectif s'accompagne d'un argumentaire sous forme de bilan visant à démontrer l'efficacité de ces accords pour les entreprises et pour l'emploi en général.

« Entreprendre en concertation avec les partenaires sociaux une réforme du système d'assurance chômage afin de rétablir la soutenabilité budgétaire et d'encourager davantage le retour au travail ». On touche ici le champ de la protection sociale avec l'idée implicite que la restriction des droits des chômeurs constituerait une forte incitation à la reprise d'emploi tout en allégeant les comptes sociaux, qui pèsent naturellement sur la compétitivité des entreprises, d'où la nécessité de réformer les règles de l'assurance chômage.

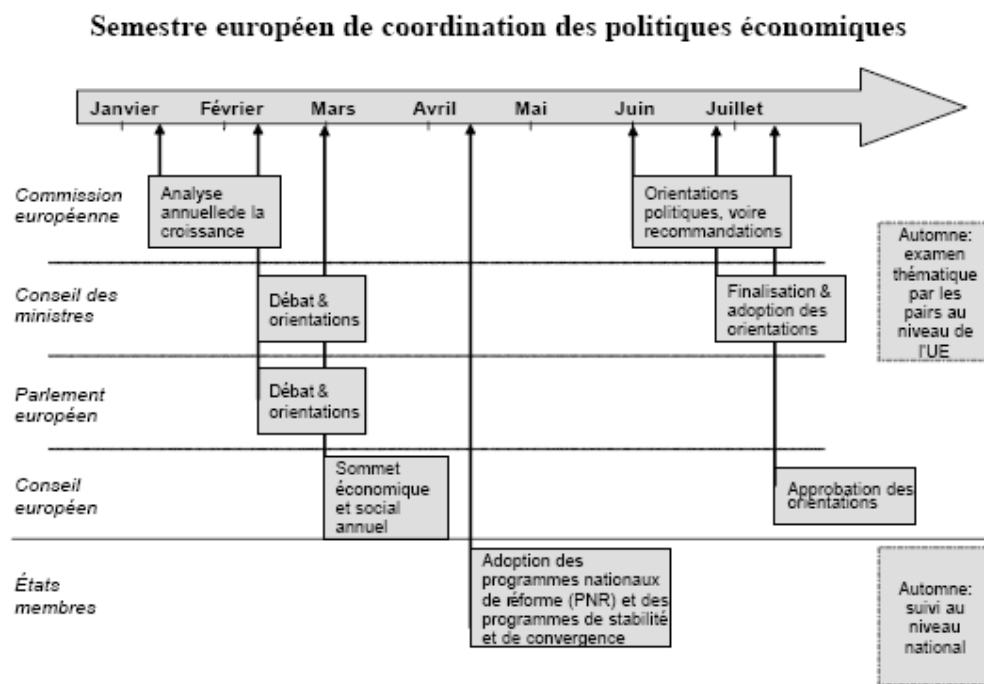
Au moment où le gouvernement Valls proposait la loi Travail, la France s'est retrouvée parmi les pays affichant des déséquilibres jugés excessifs et la Commission a en conséquence déclenché une procédure de suivi renforcé des mesures correctives dans le but de redresser la situation. Autrement dit, la pression européenne s'accroissait pour pousser la France à adopter des réformes dans le sens indiqué et conformes à ses engagements précédents.

Dans un document de travail de la Commission européenne publié le 26 février 2016, on trouve un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques où il est précisé que « l'adoption et la mise en œuvre de la réforme annoncée du code du travail restent déterminantes pour faciliter les dérogations aux

⁸⁶ Sur la négociation collective des salaires, voir Bisignano et Nosbonne, 2025.

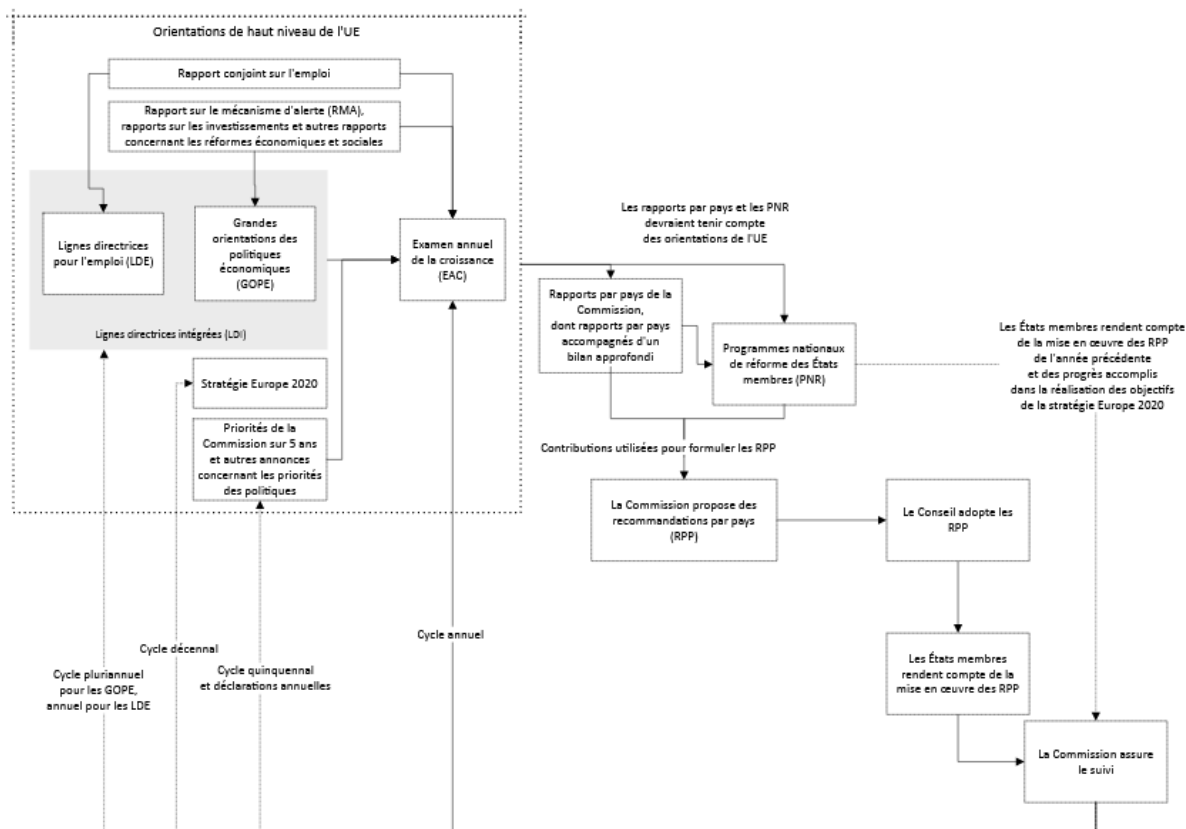
dispositifs juridiques générales » (Rapport pour la France, 26 février 2016). En clair, la Commission y réaffirme son soutien et son satisfecit devant la réforme du code du travail présenté par l'exécutif français.

De manière générale, les préconisations des instances européennes dessinent un récit qui frappe par sa constance depuis la décennie 1980 et dont les supports dogmatiques semblent parfaitement figés et manquent surtout de profondeur théorique, là encore avec des références datées et peu probantes compte tenu de la succession de crises remettant en cause leurs postulats. De fait, les liens de causalité pointés entre la législation protectrice du travail et les évolutions des taux d'emploi et de chômage restent non démontrées ni corroborées par les enquêtes empiriques. En dépit de cela, les discours comme les recommandations demeurent centrés sur des impératifs de modernisation et flexibilisation du marché du travail, les discours finissant par tourner à vide. Le présupposé d'un droit du travail responsable des performances en matière d'emploi demeure prégnant, comme les excès de réglementation entravant le libre fonctionnement des marchés.



Source : Commission européenne

Les principaux éléments du Semestre européen depuis 2015



Un cadre macroéconomique contraint

Il faut ici ouvrir le débat aux conséquences qui dépassent le droit social, avec le droit fiscal, qui sont devenus les seules variables d'ajustement dans un contexte de monnaie unique.

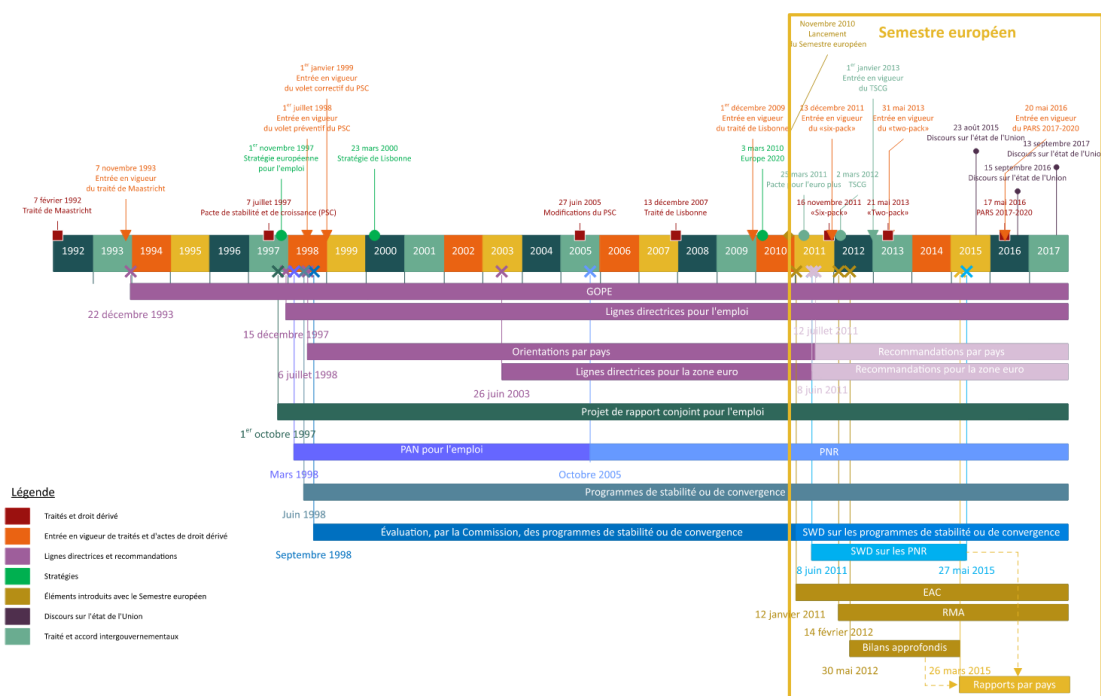
Les modalités de la construction européenne ont établi un cadre d'union économique et monétaire fondé sur une monnaie unique dont la gestion échappe aux États membres. En conséquence, l'instrument monétaire n'est plus un levier de politique économique à l'échelon national et la dévaluation plus une option face aux inflexions de la conjoncture économique. De même, l'instrument budgétaire est devenu de plus en plus contraint et soumis à des règles supranationales.

Les principales variables d'ajustement sont désormais du côté du droit fiscal et du droit social, sachant que dans ces domaines les pressions vont comme nous l'avons vu dans le sens permanent de la déréglementation et de l'allègement des coûts des entreprises pour favoriser la compétitivité.

Le droit du travail se retrouve alors au cœur d'une logique de mise en concurrence généralisée des droits sociaux qui ne peut qu'accentuer une course sans fin au dumping socio-fiscal. Plus généralement, les besoins sociaux se voient systématiquement relégués derrière les contraintes économiques considérées comme indépensables et prioritaires. Pourtant, le

découplage entre les logiques financières dictées par le rendement du capital et la sphère productive elle-même est parfaitement documenté mais reste un impensé.

Évolution du processus de coordination des politiques économiques depuis 1993



Les risques démocratiques

Au-delà de cette opposition mortifère entre l'économie et le social, c'est une confrontation directe entre les attentes du marché et les marges de manœuvre laissées au politique qui se met en place. La gouvernance économique et financière dicte alors ses conditions à la démocratie.

L'histoire récente nous fournit un exemple parfait du décalage croissant entre les aspirations populaires exprimées démocratiquement et les orientations imposées par les marchés financiers, relayés par les gardiens du temple de l'Europe libérale. Dans le cas de la Grèce, le résultat d'un référendum a tout simplement été ignoré⁸⁷ au nom de la doxa économique qui a pesé de tout son poids pour contraindre le gouvernement à renier ses engagements.

Difficile dans ces conditions de s'étonner ensuite du degré de défiance croissant des peuples, non seulement envers le projet européen lui-même mais aussi envers la capacité du politique sur le plan national à s'opposer aux forces du capital. Ce jeu dangereux remet en cause la

⁸⁷ A cet égard, la non prise en compte du vote français lors du référendum de 2005 portant sur la Constitution européenne continue de laisser des traces sur la vie démocratique nationale et la confiance des citoyens envers le monde politique.

primauté du politique sur l'économique et alimente invariablement les discours nationalistes et identitaires faisant le lit des tentations illibérales.

Il faut s'interroger sur la capacité des acteurs engagés (juristes travaillistes, syndicalistes, penseurs, économistes...) à œuvrer de concert pour contester cette doxa, ce modèle présenté comme indépassable et sans autre alternative⁸⁸. Il apparaît pourtant plus que jamais nécessaire de remettre en cause ces figures imposées afin de se réapproprier les fondements de nos démocraties et renouer avec l'idéal de modèles sociaux visant en priorité la lutte contre les inégalités sociales.

⁸⁸ En écho à la célèbre formule employée par Margareth Thatcher « there is no alternative » souvent résumée aujourd'hui par son acronyme TINA.

Partie II- L'impact des réformes du marché du travail

Effets concrets sur la pratique du droit du travail et la défense des salariés

Chapitre 1 - Les ferments juridiques de l'instabilité de l'emploi et des inégalités croissantes entre salariés

1/ Focus sur les dernières réformes du droit du travail

Après avoir consacré la première partie du rapport au cadrage historique et macroéconomique des réformes du travail et cherché à les relier aux principales approches théoriques, il s'agira de comprendre dans cette seconde partie en quoi l'évolution du droit du travail au cours dix ou quinze dernières années entraîne dans les relations de travail et d'emploi, au travail ou aux inégalités entre salariés.

En résumé, le constat établi par bon nombre de chercheurs indique que les réformes mises en œuvre ont contribué à affaiblir le pouvoir de négociation des travailleurs et du même coup le rapport de force forgé au sein des entreprises, entre les salariés et leurs représentants et les employeurs. Cette évolution génère in fine un risque élevé pour le travail et les travailleurs, prenant la forme notamment d'un désengagement des salariés dans leur travail, des formes variées de désinvestissement et un renforcement des inégalités entre les salariés.

Opérons ici un bref retour sur ces réformes du droit du travail afin de mesurer les conséquences sur les relations de travail. On pense spontanément aux dernières réformes en date, notamment la loi travail en 2016, dite loi El Khomry, et les ordonnances travail, dites Macron, qui ont suivi en 2017. Pourtant, ce mouvement de réforme du travail a véritablement débuté au cours des années 2000 avec deux grandes catégories de réformes du droit du travail.

Les premières sont relatives aux relations individuelles de travail, c'est-à-dire à tout ce qui a trait à la rupture des contrats et les secondes concernent davantage les relations collectives de travail, qui renvoient aux modalités de représentation des salariés dans les entreprises, donc notamment aux syndicats et aux cadres de négociation.

Pour ce qui est des relations individuelles de travail, on peut remonter sur la période jusqu'à la création de la rupture conventionnelle en 2008 (Roblin, 2024). L'objectif des législateurs et des différents gouvernements en place est alors clairement de faciliter la rupture du contrat de travail et notamment du CDI, c'est-à-dire les salariés vraiment au cœur du système productif, qualifiés d'« insiders » dans la théorie économique. Pour faciliter cette rupture de

travail, l'idée est de réduire le coût du licenciement, de simplifier les procédures et de limiter également les possibilités de recourir aux prud'hommes en cas de conflit sur le travail ou après la rupture du contrat de travail.

Pour rappel, ces objectifs ont donné lieu à la mobilisation d'une palette d'arguments économiques : toutes ces réformes ont été soutenues publiquement par un certain nombre d'économistes avec l'argument, teinté d'évidence pour leurs défenseurs, que le simple fait que le licenciement puisse faire l'objet d'une contestation ultérieure de la part d'un salarié, donc aux prud'hommes principalement, peut créer une incertitude pour l'employeur, ce qui tendrait à le freiner dans ses embauches et notamment ses embauches en CDI. On retrouve ici tout un discours conduisant à faciliter, (y compris la rupture du CDD) le licenciement pour créer de l'emploi. L'argument ultime, jugé imparable, est systématiquement la création d'emplois.

Un objectif est alors de chercher à limiter l'accès à la juridiction des prud'hommes : le salarié ne dispose plus que d'un an pour contester la rupture de son contrat de travail ; on encadre l'activité du juge, notamment d'abord par un barème indicatif puis par un barème obligatoire (le fameux barème Macron qui encadre les dommages et intérêts pouvant être octroyés par le juge en cas de licenciement considéré comme abusif ou injustifié) ; on a facilité les procédures de licenciement ; la loi Travail a encadré les justifications du motif économique du licenciement ; on a facilité les procédures de licenciement avec les ordonnances de 2017. Voici en résumé les points qui seront développés plus loin concernant la rupture de la relation individuelle de travail.

Côté relations collectives, un processus similaire est à l'œuvre depuis le milieu des années 2000 : alors même qu'on observe un affaiblissement et une moindre présence des syndicats dans les entreprises, la tendance recherchée est explicitement la décentralisation de plus en plus poussée de la négociation collective au niveau de l'entreprise. Il s'agit d'accorder plus de portée et de pouvoir aux négociations dans les entreprises, de préférence aux branches professionnelles et même à la loi ; avec de surcroît des possibilités offertes à des représentants non syndiqués donc aux élus du personnel et également aux salariés eux-mêmes de négocier directement avec l'employeur.

Autres réformes lourdes de sens, la création du CSE, une réforme des instances, des créations de nouveaux accords dits de performance collective (APC), de rupture conventionnelle collective (RCC)... Beaucoup de changements ont donc été introduits dans le domaine du droit du travail ces dernières années, ce qui rend d'autant plus nécessaire la compréhension de ce que ces inflexions du droit ont provoqué dans les entreprises, dans une perspective complémentaire aux travaux réalisés dans le cadre du comité de suivi et d'évaluation des ordonnances travail⁸⁹. Présentons brièvement les points saillants concernant le volet licenciement, dont le barème Macron (approche juridique) puis les pratiques en matière de dialogue social et de négociation dans les entreprises (approche sociologique et politiste).

⁸⁹ Référence.

On note depuis 2015 sur le marché du travail une hausse de la rotation de la main d'œuvre en CDI : si les salariés en CDD ont mécaniquement tendance à enchaîner les contrats et les ruptures de contrat, on s'éloigne progressivement depuis quelques années du côté des CDI de la figure du salarié en CDI restant très longtemps au sein de la même entreprise (au moins 15/20 ans). Bien évidemment, ces profils existent encore et en nombre mais désormais on observe également un turn-over plus élevé sur ces contrats ; autrement dit davantage de sorties mais aussi plus d'entrées dans le cadre d'un processus de double flux qui peut s'alimenter. On voit effectivement plus d'embauches en CDI ces dernières années, ce qui fait dire à certains que le marché du travail s'est bien fluidifié, une évolution à laquelle on prête des vertus et considérée comme favorable à l'économie.

Penchons-nous plus précisément sur ces sorties de CDI et leurs motifs : pour quelles raisons les personnes quittent-elles leur emploi ?

La première cause de sortie du CDI renvoie aux démissions. Les CDI, contrats à durée indéterminée, sont classiquement associés à une relation d'emploi de longue durée. Depuis 2015, on relève une forte hausse des fins de période d'essai qui représentent désormais une part significative des sorties de CDI (chiffage).

Concernant les licenciements, on observe une progression du nombre de licenciements pour faute grave, dont une partie difficile à estimer. On estime cependant qu'un peu moins de la moitié correspond à des abandons de poste, un thème en vogue au sortir de la crise sanitaire. Il faut souligner que cet aspect a d'ailleurs fortement pesé sur le cadre imposé des négociations relatives aux conventions de l'assurance-chômage.

La fluidification du marché du travail, matérialisée par une accélération de la rotation de la main d'œuvre saluée par certains économistes, repose sur le postulat que les employeurs seront incités à embaucher davantage. Or, cette forte rotation présente le risque d'alimenter voire d'accentuer les difficultés de recrutement pointées par ailleurs. Il s'agit en effet d'une des causes des difficultés de recrutement dans certains secteurs, cette intensité de la rotation contribuant à augmenter la vacance des emplois. On retombe ici sur un thème porteur, aussi bien politiquement que médiatiquement, celui des emplois vacants qui nourrit abondamment les discours relatifs à un rejet croissant du travail dans une partie de la population (flemme, paresse, assistanat...) et les raccourcis faciles entre chômage et emplois théoriquement disponibles.

Ces grilles de lecture négligent la réalité des processus de recherche d'emploi – en particulier le paramètre crucial de la dimension temps – comme les processus de sélection et de recrutement de la part des employeurs. La rotation tend en effet à rendre les employeurs moins regardants sur les profils et leur adéquation aux postes proposés, en partant du principe que la plus grande souplesse de rupture du contrat de travail (facilité de licenciement, durée de la période d'essai...) permettra de toute façon de recruter quelqu'un d'autre dans des délais raisonnables, d'où la tentation de consacrer moins de temps à la phase de sélection des candidats. Cela produit par conséquent de nouveaux risques pour la partie patronale.

Les effets du barème Macron

L'introduction d'un barème a largement cristallisé les débats autour des ordonnances travail et suscité d'importantes réactions, tant du côté des organisations syndicales que parmi les praticiens du droit du travail.

Des chercheurs ont procédé à un examen des arrêts de cour d'appel consistant à comparer les montants d'indemnités de dommages et intérêts octroyés par les juges en cas de licenciement injustifié ou abusif, avant et après l'entrée en application du barème. Les travaux (Signoretto, Dalmasso & alii, 2022) ont globalement montré que les montants accordés (indemnités, dommages et intérêts) se sont largement resserrés après l'instauration du barème.

Ce constat apparaît assez fortement tautologique dans la mesure où la fixation d'un plancher et d'un plafond réduit mécaniquement la variabilité en créant les conditions d'un resserrement. Si les seuils fixés dans le barème ont légèrement fait baisser le montant moyen des indemnités, les effets les plus lourds ont trait à la forte hétérogénéité induite en fonction des catégories de salariés : les salariés les plus touchés par cette baisse des indemnités accordées sont les salariés disposant d'une moindre ancienneté dans leur emploi (moins de 5 ans d'ancienneté en particulier) et aussi les salariés les moins bien rémunérés (l'indemnité étant exprimée en mois de salaire).

De manière générale, la barémisation affecte plus particulièrement des profils de salariés avec peu d'ancienneté dans l'entreprise, le plus souvent avec un salaire plutôt faible, et par extension des salariés plutôt jeunes et peu qualifiés. Elle risque d'accentuer les fractures avec des profils de salariés plutôt qualifiés, diplômés, cadres, plus âgés également (catégorie dite des seniors dans l'entreprise) qui vont globalement continuer à agir aux prud'hommes. Cette nouvelle configuration pose naturellement des enjeux de justice sociale en entraînant la multiplication de situations où il n'est tout simplement plus possible de recourir à la justice (voir par ailleurs chapitre consacré à l'évolution des Prud'hommes) et par conséquent d'obtenir une réparation suite à un préjudice subi dans le cadre du travail.

Tout cela renvoie aux spécificités de la relation de travail qui pose de nombreuses questions et crée de fortes inégalités. La tendance est clairement à la restriction des incitations des pour le monde du travail à recourir à la justice et à réclamer la réparation d'un préjudice subi (voir chapitre 3).

Relations professionnelles : les effets des réformes sur la capacité à négocier des salariés et de leurs représentants

Ces évolutions posent plus généralement des questions sur les transformations des relations de travail dans le cadre de l'entreprise, en particulier sur la capacité réelle des salariés à s'exprimer et à négocier des avancées.

Citons ici les apports d'une recherche collective (Signoretto & alii, 2022) visant à comprendre comment dans les entreprises, les parties prenantes (salariés, représentants, élus du

personnel, délégués syndicaux) parviennent ou pas à négocier des compromis sur des sujets centraux (rémunération, conditions de travail). Il faut pour ce faire, à l'appui de typologies d'entreprises permettant d'étudier différents contextes, analyser la manière dont se structurent les rapports de force dans le travail, les formes de dialogue et la négociation de compromis propices à l'obtention de contreparties avantageuses.

Ces travaux ont mis en évidence des situations assez inégales. Dans certains contextes d'entreprise (par exemple la petite entreprise), on se trouve la plupart du temps dans une relation de forte proximité avec le patron et donc sous son contrôle étroit par rapport à l'activité, soit une faible autonomie. Cette configuration concerne majoritairement des salariés plutôt peu qualifiés et affecte la capacité à négocier des accords formels ou informels, dans une relation de type individualisé et personnalisé avec l'employeur, sachant que ces catégories d'entreprises souffrent structurellement d'une très faible présence syndicale.

Certains salariés parviennent malgré tout à négocier sur certains points (durée du travail, promotion...), le plus souvent par le biais de petits arrangements, dès lors que le patron considère favorablement le salarié selon ses propres critères (loyauté, fidélité à l'entreprise, réponse aux attentes dans le travail). Cependant, tout cela repose sur des relations interindividuelles, par nature fluctuantes et soumises au bon vouloir de l'employeur donc dans un rapport de force profondément déséquilibré et un rapport de subordination particulièrement fort.

On recense ainsi cas particuliers relevant de contextes spécifiques (start-up, cabinets de conseil, cabinets de recrutement) constitués de salariés plus qualifiés, plus autonomes qui disposent davantage, y compris individuellement, d'un pouvoir de négociation avec l'employeur et d'une réelle capacité à négocier des arrangements.

Dans certaines entreprises, les salariés sont mieux représentés par des élus du personnel (entreprises plus grandes) et l'appui de ces élus va favoriser le déroulement de négociations et la conclusion d'accords. On reste cependant dans un rapport de force assez déséquilibré : les syndicats sont peu présents et les employeurs prompts à instrumentaliser les représentants du personnel pour dicter les négociations, aboutissant à des accords validant des politiques managériales très individualistes. On y privilégie plutôt la négociation de primes (notamment intéressement et participation), ce qui tend à renforcer une relation individualiste et une recherche accrue de rentabilité et de concurrence permanente entre salariés.

Un tel contexte ne favorise, voire ne permet tout simplement pas la négociation dans un cadre plus formel : c'est dans ce type d'entreprise (en lien avec le premier point) que les salariés vont avoir tendance à pouvoir négocier et finalement acter leur départ de l'entreprise via des ruptures conventionnelles ou des transactions (contextes d'entreprises avec faible présence syndicale).

Au sein des organisations ou dans les contextes d'entreprises où les syndicats sont un peu plus présents, ils parviennent encore à vraiment négocier et obtenir des compromis favorables aux salariés : c'est le cas de figure des organisations du secteur sanitaire et social comme les entreprises ou associations d'aide à domicile marquées par des conditions de travail

extrêmement difficiles, un important turnover (recours massif aux CDD). Du fait de ces conditions de travail difficiles, multiplication des arrêts maladie (éventuellement de l'absentéisme), ce qui renforce d'autant plus ce turn-over.

Si les salariés y sont davantage représentés par des élus ou par des délégués syndicaux, le rapport de force reste cependant très contraint et les possibilités de négociation de leur part y restent très limitées. Le secteur sanitaire et social, en dépit du désinvestissement de l'Etat, se caractérise par des subventions publiques, des financements et des réglementations qui s'imposent aux entreprises. En face, les directions peuvent également se retrouver en situation fortement contrainte et manquer de marges de manœuvre (contraintes liées justement au cadre des subventions publiques et des politiques étatiques), ce qui se traduit par des primes modiques et des petits avantages annexes⁹⁰.

Ces organisations du secteur sanitaire et social ont été mises en lumière par la crise sanitaire, illustrant un cas limite avec des profils contraints de quitter leur emploi tout simplement parce qu'ils n'en peuvent plus et on bute parallèlement sur la difficulté permanente à négocier de meilleurs salaires et de meilleures conditions de travail face à l'intransigeance et la surdité d'employeurs pourtant obligés de trouver des leviers pour attirer et fidéliser de la main d'œuvre.

Enfin, évoquons les contextes où les syndicats parviennent encore à obtenir des petites avancées : c'est le cas dans certaines entreprises de l'industrie (encore relativement épargnées par les restructurations et des destructions d'emplois) plutôt en pointe (énergie notamment) avec des syndicats toujours très présents. Cette configuration permet des victoires syndicales et la mobilisation des salariés face à des politiques très inégalitaires décidées par des directions. Cependant, les avantages grapillés de haute lutte demeurent problématiques dans la mesure où il s'agit, non pas d'augmentations généralisées de salaires, mais de politiques managériales individualistes (primes d'intéressement, participation...). En effet, malgré leur dynamisme économique et leur rentabilité économique, ces entreprises restent soumises, via la direction des groupes, aux logiques financières, aux marchés financiers et aux exigences de l'actionnariat qui pèsent in fine sur les établissements.

Conclusion intermédiaire

Tant pour les réformes sur les relations individuelles du travail que du côté des relations collectives du travail, la tendance est à l'affaiblissement des possibilités pour les salariés et leurs représentants de se faire entendre dans l'entreprise et à éviter autant que possible les conflits du travail, dans le cadre même de l'entreprise, mais aussi en dehors comme l'illustre la complexification des accès aux prud'hommes.

Cette configuration nourrit le risque de favoriser un moindre investissement dans la relation travail des deux parties. Côté employeurs, moins d'incitations à fidéliser les salariés, à investir

⁹⁰ Petites primes, cas des primes « chaussures » où l'employeur finance l'achat par les soignants de chaussures plus confortables, remboursements de frais de transport...

dans leur formation, à accroître leurs compétences ; côté salariés, moindre volonté de s'engager dans son travail et de s'impliquer dans son organisation compte tenu de l'ampleur et de la diversité des difficultés rencontrées.

Ces questionnements renvoient à un enjeu fondamental qui s'impose progressivement dans le débat public, celui de la perte de sens au travail (Coutrot et Pérez, 2023) où des salariés préfèrent démissionner et voir ailleurs, ce qui peut refléter au passage une forme de rééquilibrage du rapport de force. Mais bien entendu, tous les salariés ne disposent pas d'une telle capacité à activer ce type de mobilité dans un sens favorable (mobilité ascendante). Cela rend d'autant plus indispensable la mise en œuvre de protections en faveur des salariés moins bien dotés afin qu'ils soient en mesure de rééquilibrer ce rapport de force face aux employeurs.

2/ Le développement massif des contrats courts

Aux sources de la précarité : les contrats courts au cœur de l'instabilité de l'emploi

Le fait est que la durée du contrat de travail est devenue depuis le début des années 1980 un véritable instrument des politiques de l'emploi. Il apparaît en effet que la maîtrise du temps de présence des salariés au sein des organisations intervient comme un enjeu majeur des rapports de force sur le marché du travail. Les contrats courts perdent leur caractère exceptionnel et participent d'un mouvement où la sécurisation de l'employeur prime sur celle des salariés et s'obtient à leur détriment.

La multiplication et l'enchaînement de contrats courts ont contribué à l'émergence d'une nouvelle catégorie, définie par Robert Castel comme le *précariat*⁹¹. Ces évolutions participent à des inflexions en matière de rapport au temps et au travail, sous l'effet de la flexibilité des contrats, avec l'instabilité et toutes les incertitudes qui en découlent comme marqueurs d'une nouvelle norme du travail.

Il faut bien mesurer ici l'ampleur du phénomène : le nombre de CDD (contrats à durée déterminée) est passé de 0,5% de l'emploi salarié en 1982 à 9,3% en 2022 (données Dares, 17 décembre 2024). On peut ainsi faire le constat d'une explosion du nombre de contrats courts, notamment des CDD, sur ces 30 dernières années.

Pourtant, si on élargit la focale, le CDD était quelque peu tombé en désuétude au cours du 20^e siècle. Ce n'est qu'au cours des années 1960 et lors de la décennie suivante que le CDD revient progressivement sur le devant de la scène. En France, la loi 1979 réintroduit cette forme de contrat et la régit à côté de la norme du CDI.

Le phénomène ne s'est pas cependant traduit par une explosion. Si en termes de flux, la part des CDD dans les recrutements atteint les 85%, une approche en termes de stocks fait

⁹¹ Référence ouvrage collectif autour de Robert Castel, La Découverte.

apparaître une proportion de 9% de contrats à durée déterminée dans l'ensemble des emplois salariés.

Sur ces flux, en se concentrant sur les entrées et les sorties de l'entreprise, on adopte une lecture légèrement biaisée qui tend à surpondérer les personnes multipliant les contrats les plus courts et donc le volume de travailleurs en CDD. Si on découpe la période, on observe à la fin des années 1990 une augmentation progressive liée d'une part aux fluctuations conjoncturelles de l'activité et de l'autre aux inflexions des régulations et des mesures législatives visant à restreindre ou à élargir les motifs de recours, au gré des majorités gouvernementales. Depuis la décennie 2000, le phénomène notable n'est pas tant dans l'évolution en termes de stock – on reste toujours autour de 9-10%⁹² (et un étiage de 12-14% si on intègre les contrats intérimaires) soit une grande stabilité – mais dans la vitesse de rotation des contrats, avec un nombre croissant de CDD courts, c'est-à-dire de moins d'un mois. Autrement dit, le système productif tourne pour l'essentiel avec un emploi composé à 90% de contrats à durée indéterminée (CDI) et la percée constatée n'a pas produit une déstabilisation complète du marché du travail.

De plus, la multiplication de contrats plus courts ne signifie pas pour autant moins de CDI en France : 88% des salariés étaient en CDI en 2017, contre 76% en 1993. D'où une forme de paradoxe, avec une persistance (résistance) du CDI en dépit du nombre croissant d'incitations juridiques et institutionnelles en faveur des contrats courts.

On touche ici à la nécessité de bien distinguer stocks et flux. Le CDI à temps plein a ainsi fortement diminué en termes de flux depuis le milieu des années 1970, de l'ordre des 3/4 (72%) en 1975 contre 59% en 2016. Mais on doit aussi adopter une vision plus large des emplois dits précaires puisqu'on en comptabilisait en 2023 de l'ordre de 16% (cumul intérim, CDD et apprentissage), sans négliger également d'autres formes d'emploi discontinu ni la part d'emplois à temps partiel dont la composante subie et non choisie demeure significative.

Par ailleurs, en lien avec la hausse des flux, les données issues d'une étude de France Stratégie nous montrent que les probabilités et les chances d'accéder à l'emploi stable dans un avenir proche tendent à se réduire. Autrement dit, il devient de plus en plus difficile d'accéder à un CDI dans un temps relativement court : en 1982, un salarié sur 2 en CDD obtenait ainsi un CDI dans un délai de 3 ans alors que ce ratio est actuellement de l'ordre de 1 sur 5.

Cela témoigne d'une progression de la discontinuité de l'emploi dans les flux d'emploi et d'un allongement du temps d'entrée et d'accès au CDI, avec bien souvent une précarité associée à un enchaînement de contrats courts.

Les modes d'entrée dans l'emploi et sur le marché du travail

⁹² Dans la période la plus récente, ce sont surtout les CDD promus dans le cadre de politiques publiques de formation comme l'apprentissage qui ont progressé.

La question des modalités d'entrée du marché du travail reste essentielle. L'Insee a ainsi publié une photographie de l'année 2023⁹³ où il ressort que sur les 46,3 millions de contrats signés en 2023 dans les établissements du secteur privé uniquement, 20,7 millions sont des missions d'interim, 21,1 millions des CDD tandis que les CDI ne représentent plus que 4,5 millions. De fait, l'entrée sur le marché du travail constitue un moment de très forte incertitude pour tous les acteurs, tant du côté des travailleurs (salarisés) que du côté des employeurs. D'où l'adoption par la partie patronale d'une stratégie de sécurisation maximale pour s'assurer de l'adéquation des profils embauchés. Par le passé, l'accès au CDI intervenait après un enchaînement de CDD.

Que signifie fondamentalement le rallongement du temps d'entrée dans le CDI ?

En pratique, l'usage du CDD comme mode de sélection pour l'entrée en CDI correspond à une forme d'illusion dans la mesure où le cadre du CDI le permet déjà largement à travers la période d'essai ; si la véritable raison du recours massif aux CDD était la sélection, on comprend mal l'ampleur de la progression alors que la législation encadrant le CDI n'a pas évolué sur ces aspects, étant donnée la facilité de rupture du CDI pendant une période d'essai. Cette interprétation paraît ainsi peu convaincante.

Opérons un retour dans les années 1970. Il faut en effet interroger les motivations du législateur dans les modifications de la loi pour faciliter le recours au CDD au cours des années 1970. Concernant la loi de 1979, la consultation des débats parlementaires de l'époque est éclairante : ce qui était mis en avant par les législateurs, relayant ainsi les revendications exprimées par les employeurs, c'était avant tout la flexibilité. L'idée défendue est la suivante : plus on permet de recourir facilement à des contrats à durée limitée ou plus on facilite les licenciements, plus les entreprises seraient incitées à embaucher et moins le chômage et la durée du chômage seraient élevés.

Cela reflète une piste d'explication mise en avant par les responsables politiques pour justifier les évolutions législatives et aussi par un certain nombre d'économistes et autres experts qui postulent que le problème du chômage est essentiellement à relier à une insuffisante flexibilité du marché du travail. Or, les données empiriques ne valident pas ces thèses.

De même, la construction d'indicateurs d'incertitude sur la demande adressée aux entreprises, à partir de données d'entreprises vise à mettre en évidence un lien avec le recours au CDD. Sur ce point, les travaux ne parviennent pas à dégager une relation concluante en termes d'explication de l'ampleur du recours au CDD. Sur l'argument de lutte contre le chômage, l'OCDE défend également à l'époque des politiques de flexibilisation du marché du travail, d'où l'élaboration d'un indicateur de rigidité de la protection de l'emploi, tenant compte à la fois d'éléments sur l'encadrement des CDD, la plus ou moins grande facilité d'y recourir, des éléments sur le cadre légal du licenciement, facilités de licencier... en clair, l'OCDE cherchait à mettre en évidence un lien de causalité entre flexibilité ou dureté (rigidité) de la législation du marché du travail et taux de chômage. Mais les études économétriques réalisées par l'OCDE ne sont pas parvenues aux conclusions souhaitées.

⁹³ INSEE, 2024.

En revanche, il est vrai qu'on peut observer des fonctionnements du marché du travail très divers selon le degré de flexibilité permis par le cadre législatif. Dans un cas, on obtient une configuration marquée en pratique par une très forte rotation des emplois et une très faible durée dans le chômage ; dans l'autre cas, on constate une plus longue ancienneté dans l'emploi mais aussi une inscription plus longue dans le chômage. En conséquence, ces deux modes de fonctionnement du marché du travail diffèrent amplement mais sans effet direct attesté sur le taux de chômage. En dépit de cette absence de corrélation avérée, le lien supposé entre flexibilité et chômage est resté au cœur des grandes lignes d'argumentation des institutions internationales, de la gouvernance européenne et des politiques nationales, singulièrement en France, visant à déployer progressivement cette flexibilisation accrue du marché du travail.

Périmètre des contrats courts : définition, dénominateurs communs et durée

Relevons d'emblée une forme d'abus de langage concernant la classification des contrats de travail témoignant d'une forme de précarité en matière de temps de contrat de travail. Le plus significatif est la part des CDD de moins d'un mois qui tendent à devenir une norme d'embauche, ce qui apparaît comme un signal par rapport au fait social contemporain associé au développement du précaire. Si on considère les critères retenus par le service public de l'emploi pour juger des taux d'insertion, il retient une insertion durable à partir de CDD d'au moins 6 mois, ce qui fournit une grille de lecture indicative sur les évolutions en cours.

En complément sur les stratégies des entreprises et les motifs de recours aux contrats courts, il convient d'étudier les usages concrets des contrats par rapport à leur fonction initiale. A sa création en 1979, le CDD est réglementé pour pourvoir à un besoin momentané (remplacement d'un salarié malade). Avec le temps, les usages effectifs ont franchi ces limites et les contrats courts font office, soit de période d'essai supplémentaire (donc de fausses périodes d'essai), soit d'emploi complémentaire hors CDI avec des formes spécifiques (stage, apprentissage). Sans céder à une vision mécaniste, les périodes d'insertion, notamment pour les jeunes, se sont allongées significativement avec une transition vers le CDI de plus en plus longue alors que le droit du travail précise bien que le CDI demeure le contrat de travail légal et normal de la relation de travail.

Il est par ailleurs utile de s'intéresser aux rapports de force qui s'expriment et se font jour dans l'ensemble des débats législatifs ou politiques mais aussi au sein même du monde du travail. Dit autrement, quelles sont les parties prenantes et les intérêts qu'ils défendent. On peut déjà les lire en partie à travers les arguments mobilisés autour de la notion de flexibilité (voir par ailleurs) mais aussi à travers un autre concept, celui de sécurité économique, tant pour les entreprises que pour les salariés. Il faut pointer les effets du raccourcissement des durées de contrats et de la généralisation de leur recours à certaines étapes des trajectoires professionnelles, a fortiori à l'entrée sur le marché du travail.

Cela devient ainsi une norme de carrière pour certains profils sur le long terme, en lien avec un effritement de la société salariale pour reprendre l'expression popularisée par Robert

Castel⁹⁴ qui s'est construite après-guerre autour de la norme d'emploi dite fordiste, c'est-à-dire de CDI à temps plein chez un seul et même employeur⁹⁵.

Globalement, la norme du CDI à temps plein s'accompagnait d'une multiplication et d'une diversification des formes d'emploi dits atypiques ou particulières. Il ne s'agit donc pas d'une rupture historique avec le passage brutal entre un âge d'or du plein emploi et un précarité généralisé, mais il faut souligner que certaines catégories de la population se retrouvent assignées à une norme d'insertion dégradée correspondant à des modes de gestion de la main d'œuvre pensés comme tels⁹⁶.

Ces secteurs d'activité ont adopté de manière routinisée l'usage des contrats courts, d'où l'importance d'une main d'œuvre cantonnée à ces formes d'emploi. Ils ont en effet intégré la variabilité de la demande à leur modèle économique et font peser les ajustements sur la gestion de la main-d'œuvre, dans le cadre d'un modèle de juste-à-temps adaptant les effectifs au plus près des fluctuations de la production. Cela se traduit par des normes de flexibilité fondées sur un morcellement, notamment des temps de travail, et les contrats courts présentent à cet égard des avantages évidents.

Dans certains secteurs, seule une petite minorité de contrats courts débouche sur des emplois stables, comme dans l'agriculture où les transitions du CDD vers le CDI concernent à peine 1,5% des contrats⁹⁷ (données 2015).

Le phénomène n'est pas nouveau mais apparaît en reconfiguration. La période d'après-guerre dite fordiste a correspondu avec la construction d'une relation de travail portée par les évolutions législatives et l'action des acteurs syndicaux visant à encadrer cette relation dans le sens d'une meilleure protection.

A partir des années 1970-80, une série de mesures ont affecté la nature des contrats mais aussi les modalités de licenciement⁹⁸. Les phénomènes de délocalisation et de sous-traitance tendent ainsi à fragiliser également les catégories stables, dans le cadre d'un mouvement économique global générant de l'incertitude pour l'ensemble du salariat, sous l'effet de reconfigurations productives (numérisation, extension du travail indépendant) qui participent de l'effritement de la société salariale. De fait, un écart s'est progressivement creusé entre le cœur du salariat et sa périphérie en termes de conditions d'emploi et de travail.

⁹⁴ *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat*, La Découverte, 1995.

⁹⁵ Cette configuration stabilisée était loin d'être généralisée, et la période des Trente glorieuses reste sujette à critiques sur de nombreux plans (minimisation des données relatives au chômage, part de l'inactivité et des formes d'emploi peu protectrices (cas des vacataires dans la sphère publique), sous-activité féminine et temps partiels contraints...

⁹⁶ Voir Nicolas Roux, *La précarité durable, vivre en emploi discontinu*, PUF, 2022, ainsi que le rapport collectif consacré à la discontinuité de l'emploi et l'assurance chômage. Notons aussi sur ce plan l'extension de l'intérim, en particulier dans certains secteurs : logistique, hôtels-café-restaurants et également quelques professions qualifiées.

⁹⁷ Ce modèle n'est pas sans évoquer la situation des ouvriers payés à la tâche au 19^e siècle dans le secteur agricole, calée sur le cycle des saisons et des récoltes.

⁹⁸ Voir sur ce point les travaux stimulants de Mélanie Guyonvarch sur l'extension des licenciements collectifs aux catégories de salariés pourtant jugés performants, « Performants... mais licenciés ».

Cette situation est le fruit d'une lente évolution, sans rupture majeure sur le plan historique, d'où l'intérêt de se pencher sur les évolutions en très longue période et de les replacer dans une mise en perspective historique.

Evoquons rapidement la situation des salariés au 19e siècle, à savoir les tâcherons payés à la tâche : à l'époque des travailleurs, notamment les ouvriers les plus qualifiés, tendent à privilégier un moindre engagement dans la relation à leur employeur, afin de se préserver des marges de liberté alors que le salariat est encore loin d'être la norme dominante. Cette latitude ménage ainsi des possibilités de dégager d'autres formes de revenus chez d'autres employeurs et garantit une sécurité économique plus importante.

Ces attitudes nous montrent à quel point ont évolué dans le temps les formes de sécurité de l'emploi et comment elles ont émergé avant de s'imposer comme norme au siècle suivant. On pouvait alors observer de fréquents allers-retours entre situation salariée et travail indépendant, compte tenu des opportunités possibles du côté de la demande de travail émanant des employeurs prêts à attirer la main d'œuvre avec de meilleures conditions de travail et des niveaux de salaire plus intéressants.

Au fil du temps, les employeurs ont alors eu tout intérêt à construire des espaces de mobilité au sein de l'entreprise, ce qu'on a ensuite dénommé les marchés internes, pour favoriser des formes de stabilité et ne pas être contraints de recruter sans arrêt de nouveaux salariés.

Cet édifice s'est trouvé fortement déstabilisé depuis les années 1970, même si de telles configurations n'ont pas complètement disparu. Globalement, le cœur du salariat a pu bénéficier des avantages offerts par ce cadre stable mais au prix d'une grande polarisation entre cette composante centrale et la part des salariés disposant de contrats de plus en plus courts.

De ce point de vue, il s'agit davantage d'un phénomène de polarisation que de déstabilisation de nature uniforme. Du reste, cette déstabilisation ne se matérialise pas qu'au travers de l'explosion des contrats courts dans la mesure où l'univers des CDI est lui-même soumis à la pression de la sous-traitance, tous les salariés rattachés aux chaînes de sous-traitants se retrouvant pour l'essentiel moins intégrés et moins protégés que les salariés des grandes entreprises disposant encore de ces marchés internes assurant au moins en partie des déroulements de carrière à l'intérieur de l'entreprise.

Autrement dit, la montée en puissance des contrats courts ne résume pas, loin s'en faut, la diffusion de la précarité, l'instabilité s'exprimant via d'autres canaux. De leur côté, les contrats courts eux-mêmes peuvent s'avérer relativement compatibles avec certains types de carrière professionnelle pour des profils spécifiques (salariés mobiles, qualifications / compétences rares). Il apparaît essentiel de comprendre de quelle manière les rapports de force se sont progressivement forgés entre salariés et employeurs et selon quelles modalités se sont noués des compromis sur les arbitrages entre sécurité économique pour les deux parties et impératif de flexibilité.

Encadré

Focus sur le cadre du droit commun des contrats. Spécificité des contrats de louage de services et de louage d'ouvrage (cf Claude Didry)

Pourquoi une telle défiance envers les engagements sur le très long terme, voire qui n'aurait pas de date de péremption à l'époque de la Révolution française ?

Il apparaît clairement que le législateur cherche avant tout à s'émanciper de la société d'Ancien régime de type féodal fondé sur des liens pouvant s'étaler sur l'ensemble d'une vie et constitutifs d'une situation de dépendance extrême (esclavage, servage). D'où la prohibition par le Code civil (1804) des engagements perpétuels et la prévention à l'égard de ce qui ressemble à une durée indéterminée.

Ce n'est qu'en 1890 qu'une loi reconnaît la possibilité de s'engager pour une durée indéterminée mais à condition que le contrat puisse être rompu unilatéralement par chacune des parties. Autrement dit, cette forme de CDI est concrètement une forme hyper flexible, ce qui traduit le fait que l'association contemporaine entre la nature du contrat de travail et son caractère stable ou instable n'a pas toujours été aussi nette et univoque.

Au moment de son instauration en 1890, le CDI n'est pas perçu comme un aboutissement évident pour les travailleurs et symétriquement le CDD n'est pas nécessairement assimilé à une précarité dommageable. A la fin du 19^e et au début du 20^e siècle, le contrat garantissant le plus de stabilité est même plutôt le CDD, en particulier pour les catégories des employés (voir les travaux de François Gaudu), alors que les catégories ouvrières vont aspirer plus rapidement à décrocher un CDI.

De nos jours, les critères d'appréciation de la précarité ont fortement évolué mais tournent globalement autour de deux aspects, une absence de maîtrise de son temps et la discontinuité de l'emploi. Cela renvoie naturellement en partie à des enjeux financiers permettant de se projeter dans l'avenir (ce que permet le CDI), comme la possibilité d'obtenir un emprunt dans l'optique d'accéder à la propriété, mais aussi des contraintes plus pragmatiques liées aux conditions matérielles d'existence.

La discontinuité est à la fois juridique mais aussi temporelle, dès lors qu'elle prend la forme d'une alternance entre emploi et chômage, de façon récurrente et sur la durée pour les types de population dans les secteurs d'activités déjà mentionnés.

L'extension du CDI, une résultante du besoin patronal de stabilisation de la main d'œuvre

Des évolutions significatives ont lieu avec les lois de 1958 et de 1967, qui généralisent notamment l'indemnité de licenciement. L'élaboration de ces droits résulte de combats syndicaux et d'une prise de conscience sous contrainte du patronat face à la nécessité d'attirer la main d'œuvre et de la fidéliser dans le cadre de rapports de force globalement moins déséquilibrés. Si ce sont avant tout les luttes syndicales qui ont permis d'obtenir de nouveaux droits et de faire avancer la législation sociale, il faut en effet souligner la centralité de

moments charnières où le patronat s'est vu contraint de concéder du terrain et de faire davantage de concessions afin de garantir la stabilité de l'emploi dans les entreprises.

Le CDD est alors apparu moins en vogue alors que le fonctionnement du marché du travail tournait autour de négociations centrées sur le CDI. De son côté, l'intérim concernait essentiellement des profils de salariés difficiles à recruter autrement, comme c'est encore l'usage observé aujourd'hui pour certains profils mais cette configuration reste plutôt marginale.

Dans les faits, l'emploi en intérim ou les CDD ne sont pas systématiquement synonymes de carrières entièrement discontinues, et peuvent aussi ouvrir des perspectives de carrière favorables dès lors que des conditions particulières sont réunies. C'est notamment le cas des salariés disposant de qualifications fortement recherchées sur le marché du travail, ce qui tend à inverser le rapport de force en faveur des salariés⁹⁹.

Plus généralement, cela renvoie aux enjeux liés aux modalités d'arbitrage entre sécurité et liberté au cours de la carrière. Rappelons à cet égard l'évolution des rapports de force entre employeurs et travailleurs au cours du 19e et du 20e siècle autour de l'objet contrat de travail, en particulier concernant sa durée. Au 19e siècle certains profils ouvriers, notamment les plus qualifiés, ont privilégié le maintien d'une grande liberté, alors que le rapport de force leur était favorable compte tenu de l'état de tension sur la demande de main-d'œuvre, ce qui les autorise alors à imposer leurs exigences en termes de rythme et d'organisation de leur temps.

Sur ce plan, les travaux récents de Nicolas Roux portant sur deux catégories, les artistes et les salariés agricoles, ont contribué à renouveler les réflexions sur la nature des contrats courts, notamment sur les dimensions subies ou choisies avec la construction d'une problématisation du concept de soutenabilité visant à sortir de cette dichotomie choisie / subie, certes utile à certains égards mais problématique sur d'autres aspects.

[Le bonus /malus pour lutter contre les contrats courts... au risque de leur banalisation](#)

Au cours des années 1960-70, les mobilités ont été progressivement internalisées et organisées au sein de l'entreprise, ce qui a débouché sur la distinction devenue classique entre centre et périphérie de l'emploi, modifiant du même coup les façons de faire carrière pour les individus.

Dans la majorité des cas, il est naturellement beaucoup plus difficile de construire une carrière professionnelle, mais aussi sa vie tout court, en enchaînant les contrats courts, comme l'a reconnu lui-même le Premier Ministre en 2019 en annonçant des mesures destinées à restreindre le recours à ces contrats :

⁹⁹ Citons à titre d'exemple la difficulté structurelle du monde hospitalier à recruter des médecins dans des zones rurales jugées peu attractives. Pour lever ces freins à l'installation, les hôpitaux recourent massivement à l'intérim, pour un coût extrêmement élevé compte tenu des rémunérations proposées pour des contrats courts (y compris les primes de précarité).

« Avec la ministre du Travail Muriel Pénicaud nous présenterons la réforme mardi prochain le 18 juin. Nous nous fixons plusieurs objectifs : le premier c'est de mettre fin au recours abusif aux contrats courts, nous avons donné aux entreprises plus de souplesse, plus de sécurité, grâce à la réforme du droit du travail et c'était nécessaire ; la contrepartie c'est une responsabilité accrue dans le recours aux contrats courts qui empêchent les salariés de construire leur vie avec un minimum de sérénité. C'est pourquoi dans les 5 à 10 secteurs d'activité qui utilisent le plus souvent ces contrats et qui génèrent de la précarité, nous instaurerons un principe de bonus-malus sur les cotisations d'assurance-chômage et dans les autres secteurs nous prendrons une mesure transversale pour décourager le recours au contrat durée déterminée d'usage »

Édouard Philippe, devant l'Assemblée nationale en 2019.

De fait, les secteurs recourant le plus aux emplois à durée limitée (contrats courts) sont aussi les secteurs caractérisés par les plus mauvaises conditions de travail. De manière structurelle, c'est aussi clairement une stratégie de la part des employeurs visant à externaliser la problématique des mauvaises conditions de travail.

Cette option d'un dispositif de bonus-malus imposé aux entreprises, intervient compte tenu du coût très élevé pour la collectivité, poussant les pouvoirs publics à remettre en cause la multiplication de ces contrats au nom de la contrainte budgétaire. Pour produire des effets significatifs, il faut que les modulations appliquées soient d'une ampleur suffisante pour modifier les comportements des employeurs. Le risque est en effet de banaliser encore davantage les usages et les mauvaises pratiques, en autorisant contre paiement, donc en monétisant le recours généralisé aux contrats courts.

Cela renvoie plus fondamentalement aux attentes vis-à-vis du droit. Si on considère que le droit n'est pas soluble dans les incitations¹⁰⁰, il apparaît en effet délicat de s'en remettre uniquement aux institutions économiques dans le but de réguler des comportements jugés abusifs, au risque de rendre finalement plus acceptable encore ce recours aux contrats courts. Ce type d'option ne contribue pas à initier une véritable remise en question des mauvais usages par ailleurs dénoncés. Il convient avant tout de faire appliquer le droit et les lois en vigueur encadrant les motifs de recours, ce qui n'est de toute évidence toujours pas le cas.

[Le recours aux contrats courts par les entreprises : le point de vue d'un praticien](#)

Si la part des contrats à durée déterminée dans l'emploi salarié reste inférieure à 12% et celle de l'intérim à 3%, ces statistiques reflètent mal la place qu'occupent les contrats courts sur le marché du travail. Ils sont au centre des mouvements de main d'œuvre et apparaissent désormais comme incontournables dans le processus de recrutement. En effet, leur part dans les embauches s'est accrue fortement en 20 ans, passant de 76 % en 2000 à 87 % en 2019

¹⁰⁰ Pour reprendre le titre d'un article de François Eymard Duvernay paru en 2004 dans la revue Droit social.

dans les établissements de 50 salariés ou plus du secteur privé. Les entreprises invoquent la nécessité de faire face aux incertitudes et le besoin d'agilité de leur organisation pour expliquer leur recours aux contrats courts. Les contrats courts apparaissent alors comme le marqueur d'une certaine vitalité économique. Pourtant, cette hausse est surtout le fait d'un surcroît d'usage des contrats de moins d'un mois, les contrats d'une journée représentant aujourd'hui un tiers des contrats courts. On notera que parmi les embauches en CDD de moins d'un mois, 84 % sont des réembauches chez un ancien employeur.

Il faut par conséquent se demander si la répétition des contrats courts n'installe pas le contrat court dans la durée et le salarié dans la précarité en opérant le transfert du risque de l'entreprise au salarié et des changements majeurs dans la nature des relations d'emploi. Dans cette optique, il paraît utile d'interroger les cas de recours, les modalités et les motifs d'utilisation mais aussi les conséquences de l'utilisation des contrats courts sur la relation d'emploi, les parcours de vie et professionnels des salariés ou la construction des collectifs de travail. Enfin, cet essor questionne naturellement les politiques publiques visant à lutter contre l'usage abusif des contrats courts.

A. En cas de recours abusifs, à quelles conditions la requalification en CDD est-elle possible ?

Le CDI est la forme normale et générale de la relation de travail. L1221-2 du Code du travail

Le CDD (et le contrat de travail temporaire) est un contrat d'exception qui doit être appréhendé strictement dans les limites fixées par la loi.

a) Quel que soit son motif, il ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement un emploi permanent de l'entreprise

Il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire.

b) Les motifs de recours sont limitativement énumérés par la loi (remplacement, surcroît temporaire d'activité, CDD usage, CLPE...)

c) Le formalisme du contrat est une garantie de fond pour le salarié.

un écrit,

une signature (= une adhésion)

un motif indiqué précisément

une durée (terme précis ou imprécis avec durée minimale).

Le respect d'un délai de carence

D'autres mentions n'ont que valeur informatives (pas requalification : mention de la CCN, de la période d'essai...)

L'action en requalification est ouverte au salarié (ou aux syndicats dans le cadre d'une action de substitution ou dans un cadre préélectoral).

Action fermée à un tiers (ex. l'AGS)

Deux actions principales en requalification :

1) sur le fait que le CDD ait pour objet ou pour effet de pourvoir un emploi permanent de l'entreprise (peut ne concerner qu'un seul CDD)

2) Sur les vices de formes violant des garanties de fond (carence, durée minimale, renouvellement)

Pour le cas 1) : 2 ans à compter du dernier contrat litigieux (infraction continue)

Pour le cas 2) 2 ans à compter du contrat dont la forme est contestée.

2 ans : Cass. soc ; 11 mai 2022 n°20-18084

Particularité : le juge fait remonter les effets de la requalification au premier contrat litigieux (exemple : 1991)

Procédure de requalification :

- Pas de procédure préalable de conciliation
- Urgence : le juge doit statuer dans un délai d'un mois (utopie mais important quand le CDD est toujours en cours)
- Décision est exécutoire de droit en son intégralité

Effets de la requalification, le CDD devient un CDI :

Indemnité de requalification d'un mois au moins (souvent, limite à 1 mois ; problème du mois de référence)

Si contrat est toujours en cours :

- Possibilité de demandes annexes (salaires, dommages et intérêts)

Si contrat a pris fin :

- Demandes annexes
- Conséquences d'un licenciement qui peut être sans cause réelle et sérieuse voire nul.

+ sanctions pénales

B. Etude de cas des contentieux – l'exemple des instituts de sondage

Etudes et sondages sont concernés par les CDD d'usage. Les plus durs à requalifier (pas de délai de carence, pas de renouvellement, et méconnaissance des règles de droits -secteurs d'activités) (exemple R débouté car il travaillait pour le même employeur dans les mêmes conditions depuis 9 ans, au motif que ce n'était que 4 jours / mois (audiovisuel). Pourvoi en cours.

Certaines Convention collective (Syntec) ne nous aident pas.

Oui, dans ce cadre, 100 contrats d'un jour sont possibles. Et ce, sans aucune indemnité de précarité !

Exemple :

Monsieur B., 1^{er} CDD pour l'entreprise T en 1978, puis de façon ininterrompue de 1991 à décembre 2020 (+ de 280 jours de travail / an !).

Pas de nouveau CDD quand le salarié, DS, édite un tract critiquant la politique de la direction.

On attend le délibéré CA PARIS.

Autre exemple : privation d'un PSE :

Une société ferme son terrain d'études. Elle supprime tous les emplois d'enquêteurs (en CDI, mais aussi en CDD). Les CDI bénéficient d'un PSE assez intéressant.

Les CDD n'ont que leurs yeux pour pleurer.

Certains travaillaient de façon continue depuis 34 ans.

Tente résolution amiable. Ras.

Action massive (20 salariés) CPH :

- Requalification
- Perte de chance de bénéficier des mesures du PSE. (Cass. Soc. 10 janvier 2018 n°16-21245)
- Demandes annexes (formation, primes)

Démontre l'intérêt collectif pour l'employeur des CDD ;

- Flexibilité contractuelle / Variable d'ajustement pour les entreprises
- Flexibilité horaire
- Pas besoin de PSE même en cas de réorganisation
- Pas d'obligation de reclassement
- Peu de suivi médical
- Pas de formation
- Pas d'évolution de carrière, exclusion des NAO (M. B est au minima conventionnel après 30 ans d'ancienneté)
- Liberté de ne pas reconduire le CDD : donc contrainte pour le salarié qui ne moufte pas / pas de respect des droits à la défense
- Les périodes inter contrats sont financées par POLE EMPLOI.

Pour toutes les affaires gagnées (et celles perdues) avec des indemnisations souvent intéressantes, combien de salarié n'ont pas contesté la relation de travail ?

Règles des effectifs respectés durant 12 mois continus (avant 12 mois sur 3 années) : il suffit de ne pas reconduire un CDD

Qui dit précaire, dit faible rémunération, dit subordination juridique et économique renforcée : peu de demandes de requalification en cours d'exécution de contrat, car peur de perdre son emploi (sans indemnités il faut le rappeler)

Mais au niveau individuel, l'employeur est plus contraint avec un CDD (classique) qu'avec un CDI.

Conseils :

- Faire suivre le taux de CDD par les IRP
- Faire des écrits (non transmission du contrat, rester à disposition)
- Solliciter l'inspection du travail
- Ne pas attendre pour faire requalifier

Chapitre 2 – L’impact des réformes du marché du travail sur les relations collectives de travail

1/ Les inflexions du droit en matière de négociation collective

Avant les années 1980, la négociation collective relevait avant tout d’une logique d’addition. Suite au texte de 1981, la négociation collective a opéré un changement d’orientation, dans un premier temps de manière limitée avec la négociation de dérogation qui s’est progressivement imposée dans le paysage avec une ordonnance et une loi en 1982. Peu nombreux à l’origine, ces accords collectifs dits dérogatoires s’inscrivaient dans un régime spécifique et permettaient de déroger à la loi ou à une convention collective supérieure dans un sens qui n’apparaissait pas nécessairement plus favorable.

Au niveau thématique, ce type d’accord dérogatoire a concerné en premier lieu les questions d’aménagement du temps de travail. Suite à l’adoption de la loi du 4 mai 2004, l’ensemble des accords s’est vu soumis à un même régime juridique, aussi bien ceux visant à une amélioration des normes que ceux y dérogeant.

L’élargissement du champ d’application des dérogations a logiquement affecté les rapports entre conventions collectives et accords collectifs. A cet égard, tant la loi du 8 août 2016 que l’ordonnance du 22 septembre 2017 n’ont fait que prolonger cette dynamique, initiée par la loi du 4 mai 2004 qui ouvrait donc de nouvelles opportunités aux entreprises pour sortir du cadre de l’accord professionnel.

Mais cette extension du champ dérogatoire a dans le même temps modifié le champ et le choix des négociateurs en offrant la possibilité à des salariés mandatés de négocier des accords collectifs lorsque l’entreprise est dépourvue de délégués syndicaux. Sur ce plan, l’ordonnance du 22 septembre 2017 a franchi un nouveau palier avec l’option du recours au référendum dans les très petites entreprises et pour les entreprises dotées d’un CSE (comité social et économique), la possibilité de faire de cette instance un conseil d’entreprise habilité à négocier.

Au fil du temps, la dérogation élargie a ainsi produit des effets en termes de contenu des accords collectifs et sur la détermination des négociateurs eux-mêmes.

Au niveau du contenu des accords collectifs, la dérogation modifie substantiellement les rapports entre la loi et l’accord collectif. En effet, la règle fondamentale dite du principe de faveur fonde l’ordre public social ou, dit autrement, le principe de l’application de la disposition la plus favorable. Dans ce cadre, la convention prime sur la loi si elle lui est plus favorable.

Resté longtemps un socle solide de l’ordre public social et des droits qui en découlent, les textes successifs sont venus en affaiblir la portée au gré des ajustements particulièrement favorables à la négociation dérogatoire. Désormais, une architecture en trois temps domine le code du travail et touche toute une série de domaines (durée du temps de travail,

aménagement du temps de travail et des congés) mais aussi le fonctionnement du comité social et économique.

Cette nouvelle architecture en trois temps demeure guidée au niveau le plus haut par des règles d'ordre public intangibles avant de laisser place au champ de la négociation collective. Ce champ détermine le contenu de la négociation ainsi que les modalités d'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise. En l'absence d'accord, le cadre applicable (minimum, plancher) correspond aux dispositions dites supplétives.

La dérogation concerne également l'articulation entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise. L'apparition de nouvelles dispositions via l'ordonnance du 22 septembre 2017 affecte les relations entre ces deux niveaux de négociation (entreprise / branche) avec l'introduction d'une notion de garantie au moins équivalente.

Trois principes déterminent une hiérarchie entre accord de branche et accord d'entreprise, sachant que l'accord d'entreprise peut de manière générale s'appliquer (survivre) dès lors qu'il présente des garanties au moins équivalentes. Il s'agit ici de la dérogation portant sur le contenu.

Concernant la dérogation relative à la détermination des négociateurs, la première modalité qui a émergé renvoie au mandatement, auquel s'est ensuite ajoutée la négociation directe avec les élus du personnel¹⁰¹.

A l'origine, le mandatement est élaboré sur le modèle du mandat de droit civil, à savoir un contrôle effectif du mandaté par le mandataire tel que formulé à l'époque par le Conseil constitutionnel. On se souvient que l'expérience du mandatement s'est imposée avec succès lors de l'entrée en vigueur des lois Aubry I et Aubry II sur la réduction du temps de travail, ce qui a conduit le législateur à pérenniser cette technique comme mode de négociation et de validation des accords (lois de 1998, 2000, 2004, 2008, 2015, 2016 et donc ordonnance de 2017). Pour ce qui est des élus du personnel, le procédé a bénéficié d'une institutionnalisation accélérée alors que cette option était pensée initialement comme une voie subsidiaire, à défaut de mandatement. A l'époque, le Conseil constitutionnel souhaitait en effet insister sur le fait que les élus n'avaient pas vocation à se substituer aux représentants syndicaux, le mandatement étant lui-même envisagé comme le prolongement et une forme d'appendice de l'acteur syndical.

L'ordonnance de septembre 2017 a fait évoluer ces modes dérogatoires de négociation, qualifiés aussi de modes de négociation substitutive. Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, il revient à l'employeur d'opérer un choix entre le mandatement et les élus du personnel alors que dans les entreprises de plus de 49 salariés, le schéma se complexifie avec un ordre prioritaire qui privilégie d'abord les élus, puis à défaut, l'option d'élus mandatés et enfin si besoin le recours à des mandatés non élus. Au total, on aboutit donc à une forme de mix entre ces deux formes de dérogations.

¹⁰¹ Le code du travail présente ces deux modes sous la forme d'une alternative entre le mandatement et l'intervention des élus.

Concernant les modalités particulières de négociation, le référendum et le conseil d'entreprise, la phase 2016-2017 a vu émerger toute une série de référendums que l'on peut regrouper en deux catégories : celui qui s'apparente à un référendum de substitution dont la vocation semble de palier un manque en l'absence de syndicats et de représentants du personnel, donc ni élus ni délégués syndicaux, ce qui est particulièrement le cas dans les TPE de 1 à 9 salariés. Cette modalité a rencontré un certain succès avec à la clé des centaines d'accords¹⁰².

L'autre type de référendum est moins mobilisé et correspond d'une certaine manière à une opération de sauvetage ou de secours. Un accord est signé mais il reste minoritaire et dans ce cas de figure les syndicats, voire l'employeur, peuvent solliciter l'organisation d'un référendum visant à sauver une négociation défailante.

Une dernière modalité, également peu utilisée (seulement une petite dizaine de cas recensés en 2022), est la formule du conseil d'entreprise. Le CSE, comité social et économique, se mue alors en conseil d'entreprise, après un accord collectif majoritaire visant à valider cette mise en place.

Cette option alternative de négociation implique purement et simplement l'abandon des modes de négociation de droit commun et contribue de facto à dessaisir les délégués syndicaux de leur prérogative essentielle de négociation. Si ce procédé n'est pas encore très répandu, il semble s'appliquer avant tout dans des configurations où un seul syndicat est présent dans l'entreprise, comptant en général moins de 500 salariés.

2/ Les restructurations : un phénomène au cœur des régulations de l'emploi et du travail

Les restructurations d'entreprises reviennent très régulièrement dans l'actualité mais loin d'être un simple phénomène médiatique elles reflètent des tendances structurantes en termes de stratégies économiques. On dispose d'ailleurs d'un corpus de connaissances relativement étoffées sur le sujet nous permettant d'en mesurer les transformations dans le temps long.

Ainsi, jusqu'au milieu des années 1990, le phénomène des restructurations paraissait encore globalement associé à des situations de crise, notamment de nature sectorielle. Ensuite, les restructurations ont progressivement acquis une dimension permanente, tant leur récurrence s'est installée dans le paysage (Good Year, Lejaby, Arcelor Mittal...).

Il convient de s'interroger sur les processus de décisions et d'étudier les modalités de recherche et d'élaboration de compromis sociaux permettant d'anticiper et de gérer les

¹⁰² En dépit de l'absence de négociation effective, la loi présente ce qui n'est en pratique qu'un projet d'accord comme des accords collectifs, une fois leur contenu accepté ou rejeté par voie référendaire. Il s'agit évidemment du principal point de faiblesse de ce dispositif.

conséquences des restructurations sur les principaux intéressés, à savoir les salariés privés de leur emploi.

Un certain nombre de travaux se sont plutôt focalisés sur les pratiques de gestion liées aux restructurations (mécanismes de prise de décision, modalités de mise en œuvre des plans sociaux), sachant que ces décisions lourdes entraînent invariablement toute une série d'effets, tant sur les organisations elles-mêmes que sur les individus et les territoires concernés. Ces pratiques peuvent également être appréhendées dans le cadre des différents systèmes de relations professionnelles nationaux dans une optique comparative, en tenant compte des contextes politiques, juridiques et sociaux.

Le sujet des restructurations a donné lieu à de nombreux travaux¹⁰³, en particulier de la part de chercheurs spécialistes des institutions, débouchant sur des recommandations visant à mieux gérer les restructurations, aussi bien dans une perspective microéconomique afin de dégager une sorte de vade-mecum des bonnes pratiques managériales, que dans une optique plus globale au niveau macroéconomique. Sur ce plan, la Commission européenne a ainsi multiplié les documents d'analyse et les recommandations depuis les années 1990.

Toutes ces recommandations méritent d'être questionnées dans la mesure où elles établissent de facto un partage des responsabilités entre employeurs, pouvoirs publics, organisations syndicales et salariés, notamment en matière d'anticipation et d'objectifs prioritaires (maintien des salariés dans l'emploi ou développement de l'employabilité, un concept bien souvent mobilisé pour reporter la responsabilité des individus face à la perte d'emploi).

Il s'agit aussi de déterminer s'il est plus pertinent de recourir à la loi ou de privilégier la négociation collective, et dans ce cas, à quel niveau alors que la tendance récente penche très largement en faveur des négociations au niveau le plus décentralisé, celui de l'entreprise. Et plus fondamentalement, il faut toujours discuter le bien-fondé des décisions conduisant aux restructurations et leur légitimité.

Questionner les processus de restructuration

Au niveau législatif, la loi sur la sécurisation de l'emploi (2013) contenait notamment des accords de maintien de l'emploi, des mesures sur la mobilité et la réforme des licenciements. Cette loi intervenait alors que de nouvelles réflexions émergeaient sur les restructurations d'entreprises face à une multiplication de plans de sauvetage (Bosch, Florange...).

D'où l'intérêt et la nécessité de s'interroger sur la manière dont les restructurations sont pensées, anticipées et mises en œuvre, dans une perspective comparative entre pays européens et en examinant les propositions et les pratiques communes.

¹⁰³ Pour un recensement, voir "Les restructurations d'entreprises" de Rachel Beaujolin-Bellet, Professeure à Reims Management School, et Géraldine Schmidt, Professeure à l'IAE de Paris, La Découverte, 2012.

La question des restructurations est présente dans notre histoire économique depuis au moins 50 ans et si l'actualité fournit régulièrement l'illusion d'une accélération des cas de restructurations d'entreprises, il s'agit plutôt d'une permanence qui doit nous inciter à nous méfier des effets d'annonce médiatiques et des effets de loupe.

On a pu en revanche observer une forte accélération avec la crise majeure de 2008-2009, tant au niveau européen qu'au niveau français, documentée par les indicateurs disponibles témoignant d'une convergence du phénomène en Europe. Au-delà de cet effet réel d'accélération, la permanence sur plusieurs décennies du développement des restructurations d'entreprises reflète les difficultés rencontrées par les pouvoirs publics à traiter le sujet et plus encore à le résoudre avec efficacité.

Fondamentalement, les restructurations nous interrogent sur la nature de la régulation du marché du travail. L'Europe a d'ailleurs pris rapidement au sérieux la question des restructurations, d'abord avec une première directive remontant à 1975. Ensuite, le rapport Gyllenhammar¹⁰⁴, publié en 1998, a initié une série d'études comparatives visant à établir une grille de lecture des politiques mises en place dans les différents pays européens.

Le document considère globalement que les restructurations correspondent à une phase spécifique d'un mouvement de mutation économique de grande ampleur avec des impacts négatifs, en particulier sur l'emploi, mais que le défi consiste à tirer profit de ces mutations en acceptant le changement, en gérant au mieux les aspects négatifs mais en exploitant les opportunités ouvertes par les transformations structurelles du capitalisme.

Le phénomène des restructurations, symptomatique du capitalisme moderne, touche toutes les catégories d'entreprises, à commencer par les PME, alors que l'attention se porte essentiellement sur les grandes entreprises. Cela tient au caractère spectaculaire des annonces et au projecteur braqué sur elles quand la majeure partie des restructurations reste silencieuse ou invisible, c'est-à-dire sous les radars, avec bon nombre de travailleurs en contrats à durée déterminée ou à durée limitée à travers le travail temporaire, très prisé dans l'univers des PME. Or, il s'agit par ailleurs de catégories auxquelles les dispositifs élaborés ne s'adressent pas, ce qui fait qu'en Europe, et tout particulièrement en France, les mécanismes d'accompagnement ne s'appliquent que marginalement aux entreprises et aux salariés les plus concernés par les restructurations.

Les dispositifs en question sont pourtant très nombreux¹⁰⁵, constituant un ensemble de dispositifs au niveau européen dont il est possible de tirer une méthode et des enseignements sur la base des travaux menés. Et de manière générale, les licenciements économiques ne correspondent en pratique qu'à une très faible part des pertes d'emplois pour motif économique.

¹⁰⁴ Le rapport Gyllenhammar est un rapport de la Commission européenne, du nom du banquier (suédois) qui en pilotait le groupe dit de haut niveau, composé notamment de personnalités comme les syndicalistes Bruno Trentin et Jacques Chérèque.

¹⁰⁵ L'Observatoire de Dublin a produit un tableau de bord au début des années 2010 recensant les outils existants et en a dénombré 396.

Une mise en perspective historique

Du lendemain de la guerre aux années 1980, les marchés du travail se sont construits sur des politiques de fixation de la main d'œuvre. A partir du milieu des années 1970, les restructurations des entreprises modernes telles qu'on les connaît ont amorcé une montée en puissance et se sont installées dans le paysage en adoptant une forme de régime de croisière, excepté en période de crise. Dès le début des années 1980, les partisans de la flexibilisation ont alors pointé ce qu'ils considéraient comme les causes principales des difficultés de l'emploi : les rigidités sur le marché du travail et les coûts du travail.

A la fin des années 1990, deux chercheurs italiens ont reformulé de manière originale le sujet des restructurations en partant cette fois de la notion d'employabilité. Cet angle soulève la question des fonctions dont il faudrait doter le marché du travail pour que l'employabilité passe de l'abstraction à une réalité opérante. Les chercheurs ont donc raisonné en termes de fonctionnalités nécessaires au marché du travail pour développer effectivement l'employabilité et en ont dégagé trois : la construction d'un dialogue anticipateur du changement ; la mise en œuvre des moyens et des outils de développement permanent de l'employabilité ; l'élaboration de systèmes de pilotage de l'offre d'emploi sur les marchés locaux du travail. En pratique, ils estiment que le processus est opérationnel si au moins deux fonctions sont mises en place, une en régime permanent et une à l'occasion des restructurations, dans chacune des séries évoquées.

Avec le temps, le contexte général s'est largement dégradé, au gré des évolutions économiques, démographiques, climatiques, sanitaires (avec en point d'orgue le récent épisode traumatique du Covid) et même géopolitiques avec la résurgence récente des conflits militaires sur le continent européen. Tous ces facteurs combinés constituent un terreau de plus en plus complexe d'éléments déclencheurs des opérations de restructuration.

Des travaux ont permis de dégager une vision d'ensemble et de faire ressortir des éléments de doctrine ou de théorie afin d'englober toutes les pratiques observées et d'en déduire un modèle et des pistes de travail. Il s'agit de savoir ce qu'on peut attendre des stratégies d'adaptation au changement, afin de proposer un discours plus offensif face à d'autres types de réactions assez dominantes : refus du changement, renoncement et acceptation des conséquences au nom d'un libéralisme assumé et d'une fatalité du changement, repli sur soi et adoption de formes de protectionnisme.

Au total, une série de concepts et de notions ont permis de tracer des voies pour des options diverses en matière de flexisécurité (cœur de l'ANI de 2013 conclu dans le cas français). En résumé, on peut ainsi relever 4 agendas différents autour de l'objet restructurations :

- à un pôle, un agenda relatif à la flexibilisation, ses promoteurs estimant que le développement du marché et la suppression de toute règle entravant son fonctionnement seraient des objectifs prioritaires ;
- à une autre extrémité, on trouve un agenda fondé sur le développement des capacités (« capabilities ») dans la lignée des travaux d'Amartya Sen ;

Entre ces pôles, deux positions intermédiaires ont émergé :

- l'une autour de la flexisécurité qui est officiellement la doctrine de l'Union européenne depuis 2006, mais en pratique la composante sécurité est restée en retrait par rapport à la flexibilité, ce qui fait tendre les mécanismes afférents du côté de la flexibilisation ;
- l'autre autour d'une approche développée par Gunter Schmidt et Bernard Gazier sur les marchés transitionnels du travail. Il s'agit de favoriser les transitions en équipant simultanément les individus par rapport aux contraintes du marché et le marché par rapport aux trajectoires des individus. Cette dialectique suppose donc une logique de régulation du marché du travail fondée sur une adaptation réciproque afin de faciliter le retour ou l'insertion dans l'emploi pour les nouveaux entrants ;

Autour de ces questions, la théorie économique nous enseigne qu'il existe sur un marché trois modes d'ajustement : les prix, les quantités et la qualité. On aurait en la matière un sentier dessiné pour tenter de favoriser les ajustements par la qualité alors que les options privilégiant les ajustements par les prix et les quantités ont clairement montré leurs limites.

Rappelons ici une évidence, la flexisécurité dépourvue d'un volet formation conséquent et d'une véritable transformation des dispositifs de formation tout au long de la vie n'a aucune chance de connaître le succès et de produire les effets attendus. Toutes les questions relatives à la flexisécurité se heurtent à l'enjeu du calendrier de mise en œuvre. En cas de récession par exemple, voire simplement en contexte économique dégradé, il paraît certain que quel que soit le mécanisme de flexisécurité promu, les éléments de flexibilité tendent inévitablement à l'emporter en facilitant les licenciements. Ce principe de réalité plaide pour une mise en œuvre de ces dispositifs de flexisécurité en phase haute du cycle économique, l'enjeu du timing apparaissant particulièrement déterminant.

L'impression générale est assez inquiétante dans la mesure où en dépit de la multiplication des rapports préconisant de nouvelles approches en matière de restructurations, les inflexions constatées et les progrès en termes d'anticipation demeurent pour le moins limités et interrogent la nature des verrous d'économie politique pouvant expliquer une telle permanence dont les principaux semblent être les suivants :

1/ la notion d'anticipation des restructurations, une dimension fondamentale qui semble encore trop souvent négligée. Pourtant, des expériences nationales se sont avérées pertinentes comme le modèle allemand de restructuration négociée où beaucoup de points sont discutés beaucoup plus en amont. A l'opposé, on ne compte plus dans le cas français les configurations où les comités d'entreprise se sont souvent vus annoncer au dernier moment, y compris 24h avant, une opération de restructuration¹⁰⁶.

2/ le concept d'employabilité. Sur ce plan, l'approche des marchés transitionnels apparaît beaucoup plus riche et plus intéressante que celles reposant sur la flexisécurité mais cette vision reste malheureusement moins connue.

3/ la mise en évidence des restructurations invisibles qui correspondent à une stratégie volontaire des entreprises. Les entreprises recherchent en effet une discrétion leur

¹⁰⁶ A l'image de la situation en Grande-Bretagne où on évoque les annonces « cornflakes » pour faire référence aux salariés apprenant la fermeture de leur entreprise par média interposé en prenant leur petit déjeuner.

permettant de ne pas être exposés aux feux médiatiques et de contourner par anticipation la judiciarisation des conflits. Dans cette optique qui s'apparente à une véritable stratégie de fond, la précarisation organisée d'une part importante de la main d'œuvre sert in fine de mode de gestion des effectifs, notamment via une individualisation poussée.

Autrement dit, les grosses opérations qui ne touchent finalement qu'une part minime des emplois détruits sur un plan macroéconomique attirent la lumière quand les invisibles représentent numériquement l'essentiel des pertes d'emplois et sont orchestrées sciemment par les entreprises.

Le défaut d'anticipation demeure un des points noirs en France en matière de restructuration, ce qui est d'ailleurs le cas plus généralement pour tout ce qui relève des mutations économiques au sens large. L'ANI de 2013 visait d'ailleurs à progresser en la matière, en renforçant notamment les dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) à travers une approche prévisionnelle plus poussée avec cependant une dimension peu contraignante pour l'entreprise. Il s'agit de multiplier les points de rencontre et de discussion sur les perspectives et l'avenir de l'entreprise, à l'instar du modèle allemand et du modèle suédois¹⁰⁷, en instaurant un dialogue permanent entre le management et les représentants des salariés sur les orientations.

Sur le terrain, il existe une forme de consensus social dans l'entreprise, qui dépasse le simple cercle du management et de l'encadrement de l'entreprise, pour considérer qu'en supprimant les postes d'intérimaires, on évite la mise en œuvre d'un plan social, ce qui est problématique du point de vue de l'anticipation et, de la gestion des restructurations.

Le fait est que tous les statuts et les caractéristiques des contrats courts diffèrent selon les pays mais ils concernent partout les jeunes en priorité, reflétant une position défavorable sur le marché du travail et d'importantes difficultés d'insertion.

En matière de flexicurité, un des principaux enjeux renvoie à la nécessité de développer des négociations systématiques autour de l'outillage indispensable pour favoriser les transitions professionnelles. Sur cette question, Bernard Gazier inscrit ce dialogue dans une problématique plus globale des marchés transitionnels du travail, qui va au-delà de la simple transition entre deux emplois. Mais sur l'outillage des transitions, la difficulté réside dans l'évolution des pratiques de ressources humaines, dans le sens d'une fonctionnalité profitable à tous, à savoir l'enrichissement d'une véritable « employabilité » des salariés tout au long de leur carrière et pas uniquement au moment où un problème d'emploi survient. C'est tout l'enjeu associé à la portabilité des droits où les droits ne sont plus seulement acquis au gré de l'expérience accumulée dans une entreprise mais transférables en cas de changement d'entreprise sans perte des avantages (droits à la formation, aux congés...).

¹⁰⁷ En Suède, le Codetermination Act est entré en vigueur en 1976 pour les entreprises de plus de 20 salariés. En France, l'entrée des salariés dans les conseils d'administration des entreprises de plus de 5.000 salariés date de

3/ Les dispositifs de restructuration et de réorganisation : des options multiples au service des employeurs

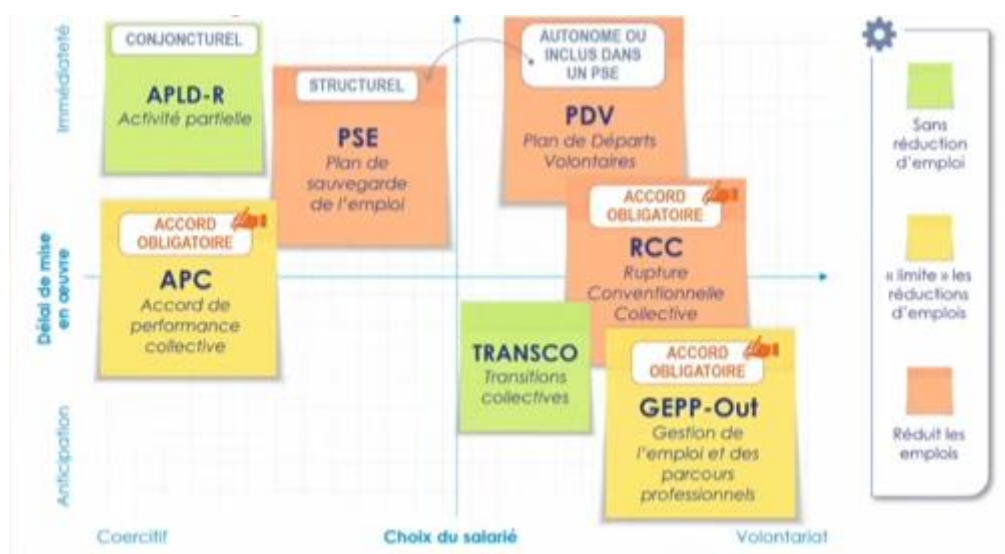
L'ensemble des dispositifs mis à la disposition des DRH pour adapter ou réduire l'emploi constituent globalement un sujet quasi marginal en termes de négociation collective. Les accords considérés représentent en effet de l'ordre de 1000 accords par an, soit environ 1% du total des accords signés chaque année selon les données du bilan national de la négociation collective. Cela reste donc un sujet minoritaire en comparaison des thématiques de l'organisation du temps de travail, des rémunérations ou du dialogue social (notamment avec les accords inhérents à la mise en place des CSE suite aux ordonnances de 2017). Pour autant, il s'agit d'un sujet central pour les représentants du personnel, les élus et les délégués syndicaux compte tenu de sa sensibilité et des tensions liées à des négociations dont l'enjeu renvoie à l'évolution de l'emploi dans l'entreprise.

Sur ces 1000 accords, le bilan national recense 203 accords relatifs à des PSE, sachant que la moitié des PSE sont négociés. Il dénombre une centaine de ruptures conventionnelles collectives (RCC), 130 accords de performance collective (APC), confirmant au passage que c'est loin d'être un dispositif minoritaire, en dépit de sa discrétion et du peu d'échos qu'il suscite. On trouve également une centaine de dispositifs TRANSCO (transitions collectives) mais le plus important contingent d'accords concerne la GPEC (Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) ou la GEPP (Gestion de l'emploi et des parcours professionnels) avec 400 accords. Précisions que si en théorie l'essence de la GEPP n'est pas d'organiser le départ des salariés, un certain nombre d'entreprises y recourt en pratique avec cet objectif plus ou moins avoué.

Les entreprises disposent ainsi d'une palette de dispositifs constituant une boîte à outils dans laquelle elles peuvent piocher au gré des circonstances et de leurs besoins en matière de gestion de l'emploi. Auparavant, le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) occupait largement le devant de la scène mais depuis 2017, le législateur a instauré de nouveaux outils assortis d'objectifs et de caractéristiques pouvant différer de ceux des PSE.

En revanche, tous des dispositifs sont matière à négociation et soulèvent une série d'enjeux et de pièges à éviter en termes de pratiques et de mise en œuvre, le plus dure étant de s'y retrouver dans la législation.

Les dispositifs collectifs visant à adapter ou à réduire l'emploi



L'APLD rebond renvoie à la version 2025 de l'APLD, c'est à dire l'activité partielle telle que mise en place à grande échelle et avec un succès important à l'occasion de la crise sanitaire mais avec certains paramètres légèrement différents.

Cette cartographie témoigne de la diversité des options qui s'offrent aux employeurs pour faire face aux difficultés, réelles ou supposées. Du côté des salariés et de leurs représentants, il est aussi essentiel de connaître les mécanismes en présence pour réagir au mieux aux propositions de la partie patronale.

Schématiquement, on trouve sur la gauche les dispositifs de nature coercitive où les salariés se voient imposer l'essentiel et sur la droite les dispositifs fondés sur un engagement volontaire du salarié. Sur l'axe vertical, la différenciation repose sur la temporalité, les dispositifs de court terme figurant en haut et ceux de long terme en bas. A titre d'exemple, la GEPP est un dispositif négocié dans le cas général pour une période de 3 ans. De même, les dispositifs type Transco (transitions collectives) se déploient aussi sur la durée tandis que tous les autres dispositifs apparaissent plus ponctuels. Hormis le PSE qui peut être mis en œuvre unilatéralement par l'entreprise, ce qui est le cas pour la moitié d'entre eux, tous les autres impliquent la conclusion d'un accord par la voie d'une négociation. Cet aspect représente un levier et un atout essentiels dans la négociation pour les représentants des salariés dans la mesure où l'employeur n'a pas la faculté de passer en force.

La question des restructurations et des réorganisations est un sujet particulièrement complexe et globalement peu et mal étudiée (voir par ailleurs). De manière surprenante, on ne dispose pas de véritable mesure de l'impact global et des effets des restructurations, ce qui reflète leur caractère multidimensionnel, même si les principales causes ont pu être identifiées à travers des monographies dans le cas des réorganisations les plus importantes.

C'est d'ailleurs dans ces configurations qu'on peut relever la mise en œuvre de moyens significatifs, la conclusion de PSE, de RCC et d'accords de GEPP.

Parmi les déterminants des réorganisations, il faut bien faire le constat de la récurrence des stratégies dictées avant tout par des objectifs financiers visant à gonfler la valorisation de l'entreprise¹⁰⁸. La mise en œuvre des dispositifs légaux intervient alors bien souvent en aval d'un processus de délocalisation initié et pensé de longue date. Le déclenchement d'un PSE vient d'une certaine manière clore la séquence ouverte par des années de désinvestissement sur les sites en question. Autre phénomène, les réorganisations répondant à des formes d'effets de mode dans un secteur d'activité, faisant suite aux recommandations émanant de cabinets conseil, grassement rémunérés pour délivrer leurs précieux conseils¹⁰⁹.

En matière de dispositifs de réorganisation de l'entreprise, on peut distinguer les deux dispositifs touchant au contrat de travail dans sa modification, l'APLD rebond et l'APC, et les quatre autres dispositifs ayant trait à la rupture du contrat de travail, dont deux se mettent en place par la voie unilatérale et deux par la voie conventionnelle. Les deux premiers sont le PSE et le PDV renvoyant aux procédures de licenciement économique. Et les deux suivants sont la GEPP ou la RCC qui nécessitent donc la signature d'une organisation syndicale majoritaire.

Les principaux traits distinctifs des dispositifs

Principaux critères de distinction des dispositifs

¹⁰⁸ A cet égard, tout est bon pour améliorer l'agrégat financier dit de l'EBITDA, qui apparaît comme une boussole incontournable aux yeux des acteurs de la sphère financière dans une logique de court terme, avec des effets particulièrement délétères pour la pérennité économique des entreprises.

¹⁰⁹ Dans le secteur des laboratoires pharmaceutiques, les visiteurs médicaux ont ainsi fait l'objet d'une désaffectation brutale donnant lieu à une réorganisation en cascade chez l'ensemble des acteurs présents sur le marché avec une réduction drastique des effectifs.

Thème	PSE/PDV	RCC	APC	APLD-R
Nécessité d'un motif économique valide ?	Oui	Non	Non	Oui
Élaboration ?	Accord d'entreprise ou document unilatéral de l'employeur (DUE)	Obligatoirement un accord collectif	Obligatoirement un accord collectif	Accord d'entreprise ou document unilatéral de l'employeur (DUE) si accord de branche
Obligation d'informer puis de consulter le CSE ?	Oui	Non Modalités de suivi par le CSE	Non	Oui si DUE Modalités de suivi par le CSE
Droit à l'expertise ?	Oui	Non	Oui (20% à la charge du CSE)	Non
Accompagnement reclassements externes ?	PSE obligatoire et proportionné aux moyens de l'employeur	Mesures d'accompagnement effectives	Non	-
Plan de reclassements internes ?	Obligatoire	Non	Non	-
Étendue du contrôle de la DREETS ?	Ça dépend Plus approfondi en cas de DUE	Relativement allégé	Relativement allégé	Ça dépend Plus approfondi en cas de DUE
Cumulable avec :	APLD selon périmètre d'application, RCC	APC, APDL selon périmètre d'application, PSE	RCC, APDL, PSE selon périmètre d'application	RCC, APC, PSE selon périmètre d'application

Jusqu'en 2017, les PSE et les PDV constituaient les seules modalités importantes de réorganisation. A compter de cette date s'opère un chamboulement avec l'introduction de la RCC mais aussi une évolution concernant le traitement fiscal des indemnités.

Si la GEPP existait déjà, la petite révolution tient en effet à la révision de la fiscalité des indemnités. Dès lors que s'applique une égalisation de la fiscalité sur les indemnités perçues par le salarié à l'occasion de la rupture, les quatre modes de rupture du contrat de travail deviennent plus ou moins interchangeables. Les arbitrages reposent désormais davantage sur la sensibilité des partenaires sociaux dans l'entreprise et en particulier sur la volonté de l'employeur d'opérer une réorganisation plus ou moins souple. De fait, cette uniformisation de la fiscalité des indemnités de rupture est un facteur clé. Ainsi, la GEPP qui était relativement tombée en désuétude a connu dans la foulée un certain rebond.

Les fondamentaux du PSE : droit au reclassement, égalité de traitement et motif économique

Le licenciement économique est la mise en cause originelle des motifs du contrat de travail et les procédures de PSE présupposent 3 éléments fondamentaux : le droit au reclassement, l'égalité de traitement et le motif économique.

Premier élément, lorsqu'on entre dans une discussion relative à un PSE et plus largement sur une réorganisation, l'aspect qui octroie véritablement du droit tient au droit au reclassement, et ce quel que soit le mode de rupture qui sera in fine retenu. Et plus l'entreprise est de taille importante, plus le droit au reclassement sera significatif. D'une certaine manière, le droit au reclassement est le cœur de toute négociation liée à une réorganisation et constitue ce qui peut être « acheté » dans le cadre de ces négociations.

Ensuite, le deuxième point fondamental concerne la question de l'égalité de traitement. Cette égalité de traitement renvoie aux critères d'ordre de licenciement. Ces critères d'ordre consistent à prioriser des profils en fonction d'un certain nombre de caractéristiques (ancienneté, difficultés de réinsertion, nombre d'enfants...). Sur la base de tous ces critères a été instaurée une règle d'égalité, naturellement discutable, sachant par ailleurs que le critère des compétences professionnelles intervient également mais ne peut pas être à lui seul l'unique déterminant.

Dans la pratique, face à un plan de sauvegarde de l'emploi et plus généralement face à une mise en cause de l'emploi dans l'entreprise, on peut légitimement soupçonner l'employeur d'avoir fait son propre marché au sein des effectifs. Et face à cette présélection patronale, la règle de l'égalité de traitement représente à l'évidence une contrainte forte pour l'employeur. D'où la multiplication d'un contentieux autour des catégories professionnelles. Il n'est pas surprenant que dans le cadre d'un PSE, une cristallisation s'opère autour de la question du paramétrage des catégories professionnelles dans une logique de tri des salariés¹¹⁰. Les employeurs recourent ainsi à diverses techniques visant à contourner la contrainte liée à l'égalité de traitement alors que les représentants du personnel s'appuient au contraire sur cette ressource essentielle.

Le troisième et dernier point, bien que devenu plutôt résiduel, mérite cependant une certaine attention concernant notamment les PSE. Il s'agit du motif économique qui intervient en dernier lieu mais nourrit les débats, en particulier dans le travail réalisé par les experts mobilisés par les élus. Et concernant le motif économique, on a assisté à une forme de dérive dans la mesure où le législateur s'est échiné à mettre en place des dispositifs fondés sur le volontariat afin d'éviter autant que possible le reclassement interne et l'égalité de traitement.

De fait, un individu se portant volontaire fait tomber l'égalité de traitement dans la mesure où l'initiative revient alors au salarié volontaire. Autrement dit, en rentrant en discussion sur une RCC ou un accord de GEPP entérine l'abandon du droit au reclassement et le renoncement aux règles d'égalité de traitement.

En conséquence, il apparaît essentiel de bien mesurer sur quoi porte exactement toute négociation relative à l'un de ces quatre dispositifs, à savoir la question du reclassement et la question de l'égalité de traitement, sans oublier naturellement la question du motif du licenciement. En effet, moins l'entreprise dispose d'arguments solides en la matière, plus les conditions de la négociation seront favorables aux salariés en termes de mesures sociales.

¹¹⁰ Cela peut déboucher sur des configurations extrêmes avec des plans sociaux où on dénombre autant de suppressions de postes que de catégories professionnelles. Sans atteindre ces excès caricaturaux, on voit souvent poindre des noms de métiers que personne n'identifie concrètement dans le monde réel. Autrement dit, si vous occupez ce métier la probabilité de retrouver un emploi similaire est quasi nulle, étant donné le degré de spécialisation figurant dans l'intitulé de la fonction, ce qui renvoie implicitement à une incapacité de faire autre chose.

Les modalités de contrôle des accords par l'administration

Le contrôle par l'administration, tel qu'il est actuellement encadré et organisé par la loi et par les services de l'Etat a connu en droit du travail une rupture significative en 2013. Jusqu'à cette date, les avocats spécialisés en droit du travail étaient amenés à plaider régulièrement devant les juges des référés. Cet office du juge des référés, aussi appelé juge des loyautés, était habilité à relever les manquements en matière de transmission des informations et à constater un éventuel défaut de loyauté. Il disposait ainsi d'un pouvoir de blocage. A compter de 2013, a succédé au juge des loyautés un contrôle de l'administration, traduisant le passage à une simple loyauté formelle où il suffit à l'employeur de donner formellement l'impression de respecter la règle pour éteindre le contrôle.

Ce basculement du contrôle aux mains de l'administration du travail n'est pas neutre. Une contestation du contrôle d'un PSE ne revient plus à contester l'employeur mais de facto le travail de contrôle réalisé par l'administration. Autrement dit, saisir le tribunal administratif (pour une décision d'homologation ou de validation) consiste à questionner le travail de l'administration et non pas les éventuelles fautes commises par l'employeur (vérifications effectives de l'administration sur les différents points, bonne exécution de son office de vérificateur).

&

En résumé, la palette de mécanismes proposés aux employeurs est composée de dispositifs unilatéraux (PSE/PDV), de dispositifs négociés (RCC et GEPP) et de dispositifs touchant à la modification du contrat de travail (activité partielle et APC).

En pratique, le législateur a mis en œuvre à compter de 2017 des moyens de contournement des contraintes s'appliquant aux entreprises en matière de PSE. De fait, si le PSE est bien souvent perçu par les représentants du personnel comme une source d'inconvénients, il n'en reste pas moins que les employeurs cherchent aussi à éviter les PSE car cela leur impose un cadre qui, bien qu'allégé et assoupli avec le temps, comporte de réelles contraintes de reclassement et d'égalité de traitement et demeure bien balisé par le droit et la jurisprudence. En clair, un PSE reste globalement protecteur pour les salariés.

En acceptant de négocier sur d'autres dispositifs alternatifs au PSE, les salariés et leurs représentants doivent garder à l'esprit le fait que leur signature les dote d'un pouvoir de négociation face à l'employeur.

4/ Le licenciement pour motif économique

Repères chronologiques

Le licenciement économique a donné lieu à un flot ininterrompu de réformes législatives au cours des dernières décennies, dans un contexte marqué par les restructurations, les délocalisations, les réorganisations et les vagues de compression d'effectifs. La décennie 1980

et les alternances politiques qui l'ont émaillée se sont traduites par des évolutions significatives. Parmi elles, l'encadrement de délais considérés comme excessifs et trop longs, la nécessité de disposer d'une autorisation administrative pour être en mesure de procéder au licenciement. La loi du 30 décembre 1986 modifie substantiellement les conditions de délai sans pour autant faire l'impasse sur la consultation des représentants du personnel au cœur de toute procédure de licenciement. De son côté, l'autorisation administrative s'est vue progressivement accusée d'être dans l'incapacité de conjurer les saignées opérées dans les effectifs salariés avec une multiplication de dégraissages massifs et de restructurations.

Au vu de l'évolution statistique des licenciements économiques, il apparaît qu'entre 1989 et 2005 le nombre de ruptures des contrats de travail n'a cessé de croître, poussant le législateur à faire évoluer le cadre légal. En 1989, la création du plan social constitue selon ses promoteurs une véritable amélioration en termes d'encadrement du licenciement pour motif économique (devenu depuis le plan de sauvegarde de l'emploi en 2002). L'objectif (la philosophie) explicite du plan est de maintenir autant que possible le salarié dans l'entreprise en dépit des difficultés économiques puis de faciliter les conditions de son départ en lui proposant une reconversion professionnelle. En 2002, la loi dite de modernisation sociale vient renforcer le rôle dévolu à l'administration du travail comme celui des représentants du personnel. Au gré de compromis politiques souvent difficiles, le cadre devient de plus en plus complexe sur le plan juridique.

Après une certaine accalmie, une réforme de grande ampleur et d'une franche radicalité intervient avec la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui prévoit le transfert à l'administration, sous contrôle des juridictions administratives, du contrôle de la régularité des procédures de licenciement collectif et de la validité du PSE. Il faut se souvenir ici que les organisations patronales qui n'avaient auparavant pas de mots assez durs pour contester les modalités de l'autorisation administrative de licenciement ont souhaité ces nouvelles procédures de validation et d'homologation administrative entourant la mise en œuvre du PSE.

On peut dater de 2015 une rupture puisqu'une fièvre législative semble s'emparer du pays avec une succession de réformes : la loi Macron en 2015, la loi Travail en 2016 puis les ordonnances en 2017. Ces différents textes ont en théorie vocation à simplifier et à mieux encadrer selon des présupposés bien établis et des lignes directrices : une consultation du CSE sous contrôle, un encadrement renforcé des délais et une négociation collective de nature administrée en termes d'impulsion et de dynamisation.

Cette vision sous un angle purement législatif doit être complétée avec un prisme jurisprudentiel, suivant des questionnements classiques et bien identifiés : le motif économique, les obligations de reclassement, les critères d'ordre de licenciement, l'information / consultation des représentants du personnel, le PSE et tout ce qui relève des mesures sociales d'accompagnement.

Globalement, la jurisprudence a suivi dans le long terme trois grandes voies :

La chambre sociale de la Cour de cassation (aux jugements apparaissant innovants ou destructeurs selon les avis) dont le corpus est caractérisé par d'incessants revirements qui n'en

facilitent pas la compréhension et conduisant la doctrine à mettre en relief une forme d'aveuglement face aux réalités économiques ;

La jurisprudence administrative émanant du Conseil d'Etat que l'on peut qualifier de plus pragmatique et plus stable ;

Enfin, la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont le contrôle sur l'ampleur des restrictions portées par la loi à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété de l'employeur a pour effet, pour certains, de gommer des excès attribués au législateur.

De manière générale, l'évolution du licenciement pour motif économique sur plusieurs décennies traduit les inflexions tentant de préserver un équilibre délicat entre les impératifs de gestion de l'entreprise et la protection des salariés. La question est de savoir dans quelle mesure le droit du licenciement économique remplit ou non cet objectif aujourd'hui (ce que nous verrons plus loin).

Motif économique : une appréhension tortueuse et opaque des difficultés économiques

Dans le cadre de l'examen de la loi travail en 2016, l'article L733-3 est venue rebattre les cartes en matière de motif économique du licenciement. L'ambition du législateur¹¹¹ est de fournir aux agents économiques la possibilité de déterminer si une entreprise rencontre ou non des difficultés économiques en se référant à un certain nombre d'indicateurs économiques, plutôt de nature comptable. Il est alors établi que « des difficultés économiques sont caractérisées par une évolution significative d'au moins un indicateur économique », parmi les cinq suivants : baisse des ventes, baisse du chiffre d'affaires, pertes d'exploitation, dégradation de la trésorerie et dégradation de l'Excédent Brut d'Exploitation (EBE).

Ensuite, est posée une règle relative à l'évolution significative pour deux des indicateurs, la baisse des commandes et la baisse du CA lorsque cette dernière s'étale sur une certaine période calculée en nombre de trimestres, de 1 à 4 selon les effectifs. Cependant, on ne sait pas précisément s'il s'agit des effectifs de l'entreprise comme on pourrait légitimement le déduire ou de ceux calculés à l'échelle du secteur d'activité concerné du groupe auquel l'entreprise appartient.

De fait, la mesure ne correspond pas à la manière de décompter les effectifs dans le cadre d'un PSE. Il convient donc de se pencher sur les décisions prises depuis par la Cour de cassation afin de tenter d'éclaircir le tableau. Pour autant, la référence à ces indicateurs ne constitue pas un passage obligé puisque le législateur a prévu une modalité alternative, à savoir la caractérisation des difficultés économiques par des éléments d'une toute autre nature pouvant justifier ces difficultés (perte d'un client par exemple).

¹¹¹ Au moment des débats parlementaires, cet article est arrivé directement du ministère de l'Economie et des Finances, occupé alors par Emmanuel Macron, devenu membre du gouvernement Valls après avoir été secrétaire général adjoint à l'Elysée.

Un arrêt du 1^{er} juin 2022 porte sur la précondition légale d'évolution significative. En comparant deux périodes, la période de référence en trimestre et une période N-1, également mesurée en trimestres, la Cour établit qu'il ne faut pas raisonner par année civile, sachant que la Cour d'appel avait pointé la difficulté de se faire une idée pertinente de la situation économique à mi-parcours.

La question est alors de déterminer quels trimestres sont à considérer entre les trimestres révolus et les trimestres en cours alors qu'il apparaît nécessaire d'apprécier le motif à la date du licenciement. Sur ce point, l'arrêt cite deux formules : « la période contemporaine de la notification de la rupture », donc le trimestre en cours, et « les trimestres consécutifs précédant la rupture du licenciement ».

Dans un autre arrêt daté du 21 septembre 2022, la Cour semble opter pour une formule en évoquant « la période de référence précédant la rupture » mais dans la mesure où la Cour d'appel n'est pas censurée pour avoir considéré le trimestre en cours (voir les effets de l'arrêt), un certain flou demeure sur la nature effective des trimestres...

En revanche, le cadre paraît plutôt stabilisé pour ce qui est de la notion de période de référence : que ce soit le trimestre en cours ou pas, il convient de comparer cette période de référence en trimestres avec la période dite de comparaison de l'année N-1 et non pas procéder à une comparaison globale (en constatant par exemple une baisse globale sur les 2 trimestres considérés). Autrement dit, il faut considérer le même trimestre correspondant par année (comparaison du T2 de l'année 2024 au T2 de l'année 2023 et ainsi de suite sur les différents trimestres).

La présomption légale associée aux premiers critères offre à l'évidence des opportunités intéressantes à l'employeur, compte tenu de son caractère irréfragable, mais ce dernier a par ailleurs la possibilité de la contourner. Dans l'hypothèse où l'entreprise n'est pas en mesure de prouver une baisse du chiffre d'affaires ou une baisse des commandes sur les trimestres fixés, il est en effet en capacité de faire valoir d'autres éléments, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt précité du 21 septembre 2022¹¹².

La Cour de cassation met ainsi dans l'office du juge une véritable obligation d'examiner le motif au regard de tous les éléments versés au dossier, selon la formule suivante : « il appartient au juge, au vu de l'ensemble des éléments versés au dossier, de rechercher si les difficultés économiques sont caractérisées par l'évolution significative d'au moins un des autres indicateurs ». Cela signifie que si les critères liés à la baisse des commandes ou à la baisse du chiffre d'affaires ne sont pas probants, il faut alors se tourner vers les autres éléments invoqués par l'employeur et de nature à justifier l'existence de ces difficultés.

Outre la baisse des commandes et la baisse du CA, voyons maintenant la valeur probante des trois autres indicateurs qui ne sont pas assortis d'une présomption légale. A cet égard, le législateur s'est donc contenté de mentionner une « évolution significative ». Deux décisions

¹¹² Cet arrêt concerne une affaire où la Cour d'appel avait estimé que la baisse des commandes et la baisse du chiffre d'affaires n'étaient pas établies au regard des exigences légales et avait conclu à l'absence de justification du licenciement.

(1^{er} février 2023 et 18 octobre 2023) ont établi qu'il fallait une évolution présentant « un caractère sérieux et durable », deux qualificatifs permettant d'y voir un peu plus clair. La notion de « sérieux » suppose une certaine intensité dans la baisse et la notion de « durable » renvoie au facteur temps, sans fixer une échelle de trimestres comme pour les deux critères principaux. A travers ces deux conditions, on comprend que les éléments considérés doivent simultanément être significatifs et relativement longs.

En pratique, les entreprises tendent à combiner les motifs, en cherchant dans un premier temps à présenter des éléments visant à accréditer des difficultés économiques afin de passer le cap des préconditions légales puis le cas échéant en cherchant à démontrer que, tout bien considéré, les éléments avancés témoignent d'une dégradation de la compétitivité qui doit par conséquent être sauvegardée...

Le reclassement : à la recherche du groupe et du périmètre pertinent

Une série de décisions récentes permet aussi d'y voir relativement plus clair en matière de reclassement, sous l'effet de l'ordonnance modificative du 20 décembre 2017 qui en a redéfini le périmètre. Ici le degré de complexité réside dans la rédaction de l'article 1233-4 avec un enchevêtrement de plusieurs critères.

Il faut donc appréhender les différents niveaux pour saisir le périmètre effectif de reclassement. Pour cela, il est nécessaire de se référer tout d'abord ce qu'on peut qualifier de périmètre sociétaire.

Il s'agit de voir si l'entreprise est isolée, auquel cas on doit rechercher les emplois disponibles uniquement en son sein. Si elle appartient à un groupe, le périmètre de reclassement est plus large. Mais la définition du groupe mérite alors d'être clarifiée. Depuis les ordonnances, le groupe de sociétés renvoie au sens établi par le code de commerce et en particulier à 3 articles ayant en commun de définir le groupe à partir d'un critère de contrôle servant de critère distinctif. Mais il existe ensuite plusieurs manières d'exercer un contrôle :

La plus évidente consiste en la détention de plus de la moitié du capital qui garantit le statut de propriétaire et par conséquent la capacité de prendre les décisions, soit à travers la majorité des voix aux assemblées générales, soit via le pouvoir de nommer ou de révoquer les membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance.

Un autre critère de contrôle passe par l'exercice d'une influence dominante sur une société. La difficulté est alors que ce critère d'influence dominante correspond à un critère permettant de délimiter le périmètre d'une autre obligation, à savoir l'obligation de consolidation des comptes (les comptes consolidés), reposant elle sur d'autres critères complémentaires.

Dans cette perspective, un certain nombre d'observateurs ont considéré que le périmètre du groupe au sens du reclassement pouvait croiser les mêmes frontières que le périmètre de la consolidation des comptes. Or, un arrêt du 5 juillet 2023 de la Cour de cassation est venu lever

cette confusion. Cet arrêt portait sur le reclassement d'un salarié reconnu en inaptitude. Dans un premier temps, une cour d'appel s'est appuyée sur le rapport du commissaire aux comptes estimant qu'une société faisait partie du groupe au sens de la consolidation des comptes et qu'à partir de là il convenait de rechercher des reclassements en son sein. Dans un second temps, la Cour de cassation casse cette décision en considérant que la cour d'appel avait confondu deux critères. En effet, le code de commerce pose un critère pour la consolidation des comptes dit de l'influence notable qui ne s'apparente pas à une influence dominante. Selon la Cour de cassation, l'influence notable permet certes de saisir des sociétés pour imposer la consolidation des comptes mais ne présuppose pas pour autant une influence dominante gage de contrôle. Autrement dit, la détermination du groupe épouse strictement le sens prévu par le code de commerce.

La notion de permutabilité

Au-delà de la définition du groupe, il faut encore creuser le sujet pour lister les sociétés faisant partie du groupe dit de permutabilité. En effet, le reclassement ne doit pas être cherché dans l'ensemble des entreprises du groupe et il est nécessaire d'identifier au sein du groupe celles qui, au regard de leur activité, de leur organisation et de leur lieu d'exploitation, assurent la permutation de tout ou partie du personnel. Ce groupe de permutabilité constitue donc le niveau pertinent du périmètre de reclassement sur lequel on doit se pencher, une étape que la Cour d'appel avait négligée en s'arrêtant au simple groupe de sociétés, conduisant à l'arrêt du 5 juillet 2023.

Toujours en matière de permutabilité, dans un autre arrêt du 8 novembre 2023, la Cour d'appel avait mobilisé le secteur d'activité, sachant que cela constitue un périmètre d'appréciation du motif économique lorsque l'entreprise appartient à un groupe. Partant de là, la Cour d'appel s'est interrogée pour savoir si les sociétés faisaient partie du même secteur d'activité pour ensuite vérifier si elles appartenaient à un groupe de permutabilité.

Là encore, la Cour de cassation a jugé qu'il fallait deux éléments bien distincts. Si le secteur d'activité permet effectivement d'apprécier le motif économique, dès lors qu'on envisage le groupe de reclassement, il faut cette fois vérifier dans quelle mesure les sociétés ont en commun cette exploitation, son lieu d'exploitation, son organisation et son activité, le tout permettant d'assurer la permutabilité du personnel.

Enfin, une fois bien établi le fait qu'on se trouve au cœur du groupe de permutabilité, il faut se cantonner aux emplois situés sur le territoire national. Or, en la matière, on relève une véritable différence de rédaction entre le reclassement pour motif économique et le reclassement pour inaptitude, source d'une forme d'incohérence et d'interprétations variables. S'agissant du reclassement pour motif économique, les emplois doivent ainsi être situés sur le territoire national alors que dans le cadre d'un reclassement pour inaptitude, la rédaction évoque cette fois les entreprises (du groupe de permutabilité) qui doivent être situées sur le territoire national.

Le motif économique représente un nœud essentiel en cas de projet de réorganisation / restructuration. Dans la plupart des cas, les employeurs ont établi une cible d'emplois assez

précise mais ils sont en revanche beaucoup moins explicites concernant les raisons profondes les amenant à initier un tel projet sous l'angle du motif économique (pertes d'activité, tendances défavorables, renforcement des synergies...).

Les composantes du motif économique

Pourtant, le motif économique apparaît relativement simple sur le papier dans la mesure où il se compose de trois éléments : un élément négatif, le non inhérent ; un élément causal (difficultés économiques, sauvegarde de la compétitivité...) ; et un élément matériel. Comme indiqué par ailleurs, la complexité intervient dès lors qu'il s'agit d'apprécier le motif économique et ses éléments sur des périmètres distincts.

Pour ce qui est de l'élément négatif, dit non inhérent à la personne du salarié, il renvoie en pratique à la notion de critère d'ordre appréciée au sein des catégories professionnelles. L'application du filtre préalable de ce critère se traduit par une décorrélation potentielle entre la personne occupant l'emploi supprimé ou modifié et la personne qui sera in fine licenciée.

Concernant l'élément causal, il s'agit d'identifier l'origine des difficultés conduisant à la mise en œuvre d'une réorganisation. De fait, les difficultés économiques semblent bien balisées par la loi et la jurisprudence.

Sur le chiffre d'affaires par exemple, les documents présentés au CSE relatifs à la documentation économique motivant le licenciement (ancien livre 2) s'avèrent le plus souvent extrêmement sommaires et les employeurs se plaignent régulièrement de ne pas être en mesure de faire rentrer leur « réalité » économique dans les cases imposées par le législateur.

Il est vrai que certaines cases peuvent s'avérer assez pernicieuses, notamment en termes de calendrier, sachant que la mise en œuvre d'un PSE ne s'opère pas sur un temps unique mais très souvent par séquences, avec une application échelonnée des licenciements et des modifications de contrat.

Or, en dépit de cette réalité, l'appréciation du motif de licenciement s'opère au jour du licenciement. En se basant seulement sur ce chiffre d'affaires, le regard peut ainsi être biaisé lorsque la taille de l'entreprise est importante dès lors qu'un trimestre au moins sur les quatre trimestres observés ne colle plus avec la description établie par le code du travail, ce qui a pour effet de fragiliser le motif économique. Et dans bien des cas, les effets escomptés de la réorganisation sont observables dès l'introduction des premières modifications de l'emploi et de l'organisation du travail, pouvant de ce fait influencer et affecter les critères d'appréciation et ainsi contribuer à priver les licenciements de causes économiques.

Pour ces raisons, le choix des employeurs se porte fréquemment sur des motifs mixtes avec un mélange de difficultés économiques et un motif de sauvegarde qui a substantiellement été transformé par la jurisprudence. En effet, ce motif était initialement ouvert, notamment à travers la notion d'intérêt de l'entreprise, avant de subir plusieurs inflexions successives.

Les arrêts de 1995 laissent place à une interprétation plus stricte de l'argument de sauvegarde de l'entreprise puis les arrêts dits « pages jaunes » de 2006 assouplissent de nouveau sa lecture dans une approche extensive de la prévention des difficultés économiques, leur caractère avéré et inévitable apparaissant moins impératif pour autoriser la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde. Cette souplesse a alors élargi le spectre de l'anticipation de menaces, tant externes qu'internes, mobilisables pour attester d'une procédure de sauvegarde : contexte international, évolution des modes de consommation, inflation, prix des matières premières, transformation de la concurrence, nouveaux modes de distribution ou de communication...

Les autres motifs économiques semblent globalement moins mobilisés, en particulier les mutations technologiques, probablement parce que ce motif implique une forte anticipation et que cette dimension liée aux évolutions prévisibles de l'emploi semble mieux appréhendée par d'autres dispositifs comme la GEPP, la formation professionnelle ou les congés de mobilité.

En revanche, l'appréhension de l'élément causal du motif économique revient à considérer le secteur d'activité, avec toutes les difficultés associées puisqu'il n'est pas fongible – ou à confondre – avec le groupe de permutabilité, bien que les deux aient tendance à s'entremêler, notamment du fait de la complexification et de l'opacité croissantes des relations inhérentes aux groupes de sociétés. Là encore, les employeurs comprennent mal cet aspect et contestent régulièrement le périmètre d'appréciation du motif jugé trop étendu par rapport au niveau où les difficultés économiques sont pointées¹¹³.

Sur le dernier élément, l'élément matériel, il apparaît nécessaire que ces difficultés ou ce motif économique aient un impact avéré et se retrouvent dans une matérialité dans la suppression, la transformation de l'emploi ou la modification d'un élément essentiel du contrat. Il s'agit ici du non inhérent aux salariés. Sur ce plan, deux jurisprudences sont particulièrement instructives.

La première relève du Conseil d'État dans une décision du 15 novembre 2022 concernant un salarié protégé, dont on envisageait une modification de contrat. Suite au refus de la modification de son contrat de travail, l'employeur sollicite une autorisation administrative pour procéder à son licenciement. La question est de savoir si l'autorité administrative saisie du contrôle doit rechercher si une telle modification est strictement liée et strictement nécessaire au motif économique allégué.

La réponse du Conseil d'Etat est sans surprise négative dans la mesure où on touche ici au non inhérent à la personne du salarié, mais fondamentalement la question va même plus loin. Il s'agit en effet de déterminer si la nature de la modification envisagée (rémunération, modification du lieu de travail) est utile dans la présentation faite par l'employeur de son motif économique de licenciement.

¹¹³ Ce périmètre élargi est à rapprocher du concept de marché pertinent mobilisé dans le cadre du droit de la concurrence.

Selon la jurisprudence, la réponse est très claire : il appartient au juge de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement et de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi.

Il convient donc de vérifier que le motif économique entraîne bien des conséquences sur l'emploi, en termes de suppression ou de modification. En revanche, l'administration n'a pas la capacité de se substituer à l'employeur quant au choix effectué dans la mise en œuvre de l'organisation et de la réorganisation. Cela signifie que l'employeur reste maître de ses décisions de gestion et choisit seul les paramètres, entre modifications et licenciements, la nouvelle organisation qu'il souhaite. De son côté, il revient uniquement au juge de contrôler la présence effective d'un élément non inhérent, d'un élément causal et d'un élément matériel.

La seconde jurisprudence renvoie à un arrêt de la Cour de cassation de novembre 2022 concernant un PSE prévoyant des modifications de contrat. Certains salariés ayant exprimé un refus se sont vus licenciés dans le cadre de ce PSE tandis que d'autres salariés ayant accepté, tacitement ou pas, la modification de leur contrat travaillaient déjà aux nouvelles conditions. Dans l'intervalle, le PSE est annulé suite à une invalidation de l'accord collectif majoritaire. Les salariés ayant accepté leur modification de contrat se pourvoient alors pour réclamer la nullité de leur contrat de travail mais in fine la Cour de cassation rejette leur demande, considérant que leur modification de contrat ne résultait pas du PSE lui-même mais du projet de réorganisation de l'employeur et qu'ils ne peuvent en conséquence plus revenir sur leur modification contractuelle en contestant le motif économique.

Un recul du nombre de PSE

De manière générale, on observe depuis une dizaine d'années une baisse du nombre de PSE mis en œuvre, soit globalement depuis l'entrée en vigueur de la LSE. Néanmoins, la voie de la négociation demeure toujours privilégiée et aboutit, lorsqu'elle est choisie, dans plus de 80% des cas à la conclusion d'un accord majoritaire.

On peut alors s'interroger sur le lien entre cette évolution et les innovations législatives telles que les ruptures conventionnelles collectives (RCC) et d'autres dispositifs. En pratique, les grandes entreprises semblent plébisciter les PSE, avec ou sans recours aux plans de départ volontaire (PDV) et ce pour plusieurs raisons : d'une part, le dispositif reste mieux connu et donc maîtrisé par les partenaires sociaux que les RCC, malgré les attraits de ces dernières en matière sociale ; d'autre part, le PSE reste le seul dispositif offrant aux employeurs la certitude d'atteindre la cible souhaitée et l'organisation du travail visée dans le calendrier voulu afin de répondre notamment aux contraintes économiques mises en avant.

Pour autant, le nouveau dispositif des RCC comporte une série d'avantages pour la partie patronale qui en font de sérieux arguments de séduction : un contrôle allégé voire inexistant de l'administration, des mesures socialement et fiscalement aussi intéressantes que les mesures d'accompagnement associés aux PSE, l'absence de caractère contraint puisque tout repose sur le volontariat des salariés, l'absence de motifs économiques à justifier et de

contraintes liées aux groupes de permutabilité évoqués plus haut dans le cadre du reclassement. A ce jour, les RCC ne connaissent pas le succès escompté et à la hauteur des avantages proposés, mais on peut s'attendre à une montée en puissance dans les prochaines années).

Quelle évolution du contentieux ?

Notons enfin que les contentieux ont drastiquement diminué ces dernières années et ceux qui émergent reposent le plus souvent sur les questions liées à la prévention des risques en matière de santé et de sécurité des salariés compris dans un projet de réorganisation¹¹⁴, aussi bien pour les salariés qui restent dans l'entreprise que pour ceux qui partent.

Sur ce plan, le tribunal des conflits a jugé en 2020 que l'administration sollicitée pour homologuer un plan devait vérifier le respect par l'employeur de ses obligations en matière de prévention des risques afin d'assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés. Ce faisant, il a clarifié la répartition des compétences entre juridictions administratives et juridictions judiciaires et du même coup élargi le rôle de contrôle de l'employeur. Il manquait cependant des précisions sur ce contrôle, vide comblé par deux arrêts du Conseil d'État datant du 21 mars 2023, particulièrement instructifs sur la nature de l'obligation pesant sur l'employeur en la matière. Ces arrêts énoncent ainsi que l'administration est tenue de vérifier que les instances représentatives du personnel ont bien été informées sur les conséquences prévisibles du PSE et du projet de réorganisation sur la santé et la sécurité des salariés¹¹⁵.

La contestation du motif économique : une voie rare et socialement construite

Pour situer les choses, rappelons que la contestation des motifs économiques devant le conseil des prud'hommes ne représente que de l'ordre de 2% des litiges, soit une proportion particulièrement faible (voir le rapport du ministère de la justice). De fait, il apparaît très difficile de contester le motif économique aux prud'hommes, dans la mesure où cela renvoie à un débat de nature comptable empreint d'une forte technicité sur la donnée économique.

Or, il faut bien reconnaître que dans ce domaine, les acteurs en présence, tant du côté des avocats que des juges, souffrent à l'évidence d'un important déficit de formation qui ne leur permet pas d'appréhender et de s'approprier au mieux l'ensemble de ces notions. Il faut alors pouvoir s'appuyer sur un rapport d'expertise, ce qui est le cas lorsqu'il s'agit de grandes

¹¹⁴ L'ancien Livre IV du Code du travail.

¹¹⁵ Cela comprend notamment la présentation des méthodes d'analyse de ces conséquences prévisibles. Et dans l'hypothèse où les conséquences sont identifiées, les mesures et les actions concrètes envisagées par l'employeur doivent également faire l'objet d'une présentation afin de réduire, voire de supprimer ces aspects négatifs du plan de réorganisation. On ne peut que recommander de renforcer ces mesures de prévention et de sécurité, ce qui implique d'associer autant que possible les représentants du personnel sur ces sujets en amont de la mise en œuvre du plan de réorganisation.

entreprises présentant un plan de sauvegarde de l'emploi et un CSE ayant fait appel à un expert. Ce n'est en effet que sur la base d'un tel rapport qu'il devient possible de discuter le motif économique devant les prud'hommes. A défaut, une évaluation de la pertinence du motif économique semble vouée à l'échec.

Il faut ici observer que les critères retenus par la loi correspondent à des indicateurs visiblement choisis pour ne pas refléter la véritable situation économique et financière de l'entreprise (surtout lorsqu'on est dans le livre...).

Par ailleurs, les groupes recourent massivement à des pratiques qui faussent la réalité économique à l'instar des prix de transfert. Il s'agit de refacturations entre des sociétés appartenant à un même groupe dans une sorte de marché interne. Les holdings peuvent ainsi piloter les opérations de circulation des produits et des actifs en fixant des prix artificiels, ce qui permet si besoin d'assécher mécaniquement les comptes d'une filiale dont on souhaite mettre en évidence des supposées difficultés économiques.

Autre méthode usuelle de la part des entreprises, l'imputation des immobilisations immatérielles. Celle-ci constitue la richesse de certaines entreprises de prestations de services mais conformément au cadre légal, elles apparaissent comptablement dans les charges¹¹⁶.

La norme comptable est en effet une construction intellectuelle et sociale reflétant un choix politique axé sur des priorités en termes de prix dont la vocation première n'est pas d'appréhender une réalité économique objective. La mobilisation de ces artefacts et autres filtres comptables rend d'autant plus délicate la discussion autour du motif économique. Ces rappels confirment par ailleurs qu'avec le temps le législateur s'est méticuleusement appliqué à sécuriser au maximum les entreprises, tant sur la définition du motif économique que sur le reclassement, ce qui restreint fortement les marges de discussion et de contestation.

De nouvelles voies de contournement du motif économique

Face à cette complexité, on peut observer une tendance la multiplication de dossiers cherchant à contourner les voies classiques de contestation compte tenu des probabilités de succès pour le moins réduites. Ces alternatives passent par le recours à des arguments portant sur la faute de gestion, la responsabilité délictuelle des sociétés mères et le co-emploi. Dans un arrêt du 13 juin 2018, la Cour de cassation a ainsi reconnu le conseil des prud'hommes compétent pour traiter la question de la responsabilité délictuelle des sociétés du groupe en cas de contestation du motif économique, dès lors que les salariés soutiennent l'existence d'une situation de co-emploi¹¹⁷.

La notion de co-emploi semble donner lieu à une jurisprudence plus favorable ces dernières années. Citons les décisions datées du 7 mars 2017 et du 9 octobre 2019 relatives au rapport dit normal entre des sociétés du groupe. Pour établir la reconnaissance du co-emploi, il faut

¹¹⁶ Voir l'article de Samuel Jubé, « la normativité comptable, un angle mort du droit social », Revue de droit du travail, 2009.

¹¹⁷ En l'occurrence, les conclusions de l'arrêt font état, à titre principal, d'une situation de co-emploi, et à titre subsidiaire, d'une responsabilité délictuelle des sociétés du groupe.

être en mesure de démontrer l'ingérence anormale d'une société holding sur l'activité d'une société filiale ou sœur. En pratique, un rapport normal consiste en des prestations de service, au recours à des moyens humains et à la mutualisation d'un certain nombre d'éléments. A l'inverse, un rapport anormal peut se caractériser par l'absence de convention de trésorerie ou de convention générale d'assistance ou au défaut de convention de prestation de service assorties de factures dont les montants ne reflètent pas la valeur des services rendus.

Dans ces cas, les groupes n'ont pas formalisé les modalités d'emploi des salariés entre les composantes du groupe en précisant la nature des prestations de service avec une facturation à la hauteur. Il existe donc un certain nombre de brèches susceptibles de mettre en évidence des situations effectives de co-emploi.

Sur le plan juridique, la sanction devient automatique dès lors que le Conseil de prud'hommes reconnaît une situation de co-emploi. Sur ce point, un arrêt du 22 juin 2011 précise que dans les situations de co-emploi, un plan sauvegarde de l'emploi doit être mis en place par chacun des co-employeurs et à défaut on aboutit à la nullité du licenciement. En l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, il est tout simplement possible de plaider l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, sachant que le motif économique n'a pas été conçu ni réalisé sur le périmètre du co-emploi.

Les difficultés inhérentes à la discussion effective du motif économique poussent ainsi les praticiens du droit à développer des stratégies de contournement visant à la recherche de co-responsables pour contester le licenciement économique¹¹⁸.

5/ Focus sur les accords de performance collective (APC)

La formidable histoire de l'APC

Face au pouvoir de direction de l'employeur, il restait un dernier rempart protecteur du salarié : son contrat de travail.

Ce dernier prévoit les fonctions du salarié, la durée du travail, la rémunération du salarié, voire son lieu de travail (en l'absence de clause de mobilité).

Ce rempart a finalement été ébréché par les « accords de compétitivité et de maintien de l'emploi », créés par la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, instituant un article L5125-1 dans le Code du travail.

¹¹⁸ Nous ne développons pas ici des cas de figure où les angles d'attaque portent sur la légèreté blâmable en matière de gestion ou la responsabilité délictuelle mais une certaine tendance semble également à l'œuvre. De même, la discrimination dans le cadre des licenciements pour motif économique paraît comme une option à creuser, sachant que la définition des catégories professionnelles et des critères d'ordre touche plus particulièrement des profils spécifiques (en l'occurrence des femmes plutôt âgées), ce qui peut ouvrir de nouvelles marges de manœuvre dans la négociation des motifs.

Les accords de maintien de l'emploi étaient conditionnés par la survenance de « graves difficultés économiques » ; conclus pour une durée déterminée (accords négociés nécessairement avec des organisations syndicales représentatives et conclus pour une durée maximum de 2 ans).

Ils devaient permettre d'imposer aux salariés une mise entre parenthèse de certains avantages contractuels (primes, temps de travail...) pendant un temps limité, jusqu'à ce que la situation économique de l'entreprise se redresse. Les dirigeants devaient fournir des efforts proportionnés à ceux demandés aux autres salariés.

Ainsi, il s'agissait de permettre à une entreprise en « graves difficultés économiques », de déroger ponctuellement à certaines clauses contractuelles pour remédier à ces graves difficultés.

Par exemple, suspendre le versement d'une prime de treizième mois, même contractuellement prévue, pour donner un peu d'air de trésorerie à l'employeur ; une fois que ces difficultés se résorbent, la prime était réinstaurée.

Ces accords avaient un objectif en apparence louable puisque l'effort demandé aux salariés visait à éviter des licenciements pour motif économique et que le dirigeant devait fournir les mêmes efforts que ses salariés. Toutefois, ces accords n'ont pas eu de succès.

L'employeur devait déjà prouver ses « graves » difficultés économiques, en remettant aux négociateurs un diagnostic préalable, en amont de l'ouverture des négociations, pour justifier de la nécessité d'ouvrir une négociation impactant les contrats de travail.

Or, une telle preuve de graves difficultés était difficile et cette question était susceptible, à elle-seule, de générer du contentieux à un moment où le pouvoir de contrôle jurisprudentiel sur le motif économique était encore important (interdiction des licenciements d'économie, ou en cas de simple baisse du chiffre d'affaires).

En outre, il est avéré que lorsque l'entreprise connaît réellement de graves difficultés économiques, la mise entre parenthèse de droits contractuels des salariés est rarement suffisante pour dépasser ce difficile moment.

Enfin, le fait d'exiger des dirigeants qu'il fassent les mêmes efforts que leurs salariés, a pu dissuader certains employeurs d'entrer dans ces négociations.

En Alsace, la société BEHR de ROUFFACH fut l'une des première (voire des seules) à signer ce type d'accord, dès juillet 2013, prévoyant un gel des salaires durant deux ans ainsi que l'abandon de 5 jours de RTT.

L'accord visait à éviter 102 licenciements pour motif économique. Or, 150 salariés ont refusé la modification de leurs contrats et ont été licenciés du fait de la conclusion de l'accord. Il est alors difficile de conclure à ce que les objectifs de maintien de l'emploi auraient été respectés, sachant qu'après 2013, la société MAHLE BEHR a connu plusieurs plans de licenciement

massifs entre 2013 et 2018. L'accord de maintien de l'emploi n'a donc pas porté ses fruits, loin de là.

Toutefois, la perspective de pouvoir neutraliser certaines clauses contractuelles a plu aux gouvernements suivants, qui ont cherché à ouvrir, voire généraliser, cette possibilité.

C'est pourquoi la loi « travail » (ou EL KHOMRI) du 8 août 2016 a cherché à étendre la possibilité de porter atteinte aux dispositions du contrat de travail par l'instauration des « *accords de préservation ou de développement de l'emploi* ».

Ces accords n'avaient plus uniquement un objectif défensif de préservation de l'emploi, mais aussi un but de développement de celui-ci.

L'idée de ces nouveaux accords, était de donner de la trésorerie supplémentaire aux entreprises (au détriment des droits des salariés en place) pour permettre à l'employeur d'investir et / ou d'embaucher. Mais aussi de leur donner davantage de flexibilité, en leur permettant de s'adapter plus rapidement aux variations d'activité et aux changements de conjoncture.

C'était une manière de rogner les droits acquis des salariés pour s'adapter à de nouvelles évolutions des marchés, ou de nouvelles orientations des entreprises.

Ces accords de préservation ou de développement de l'emploi primaient sur le contrat de travail, même sur les clauses les plus essentielles de ce dernier, c'est-à-dire celles concernant la rémunération et le temps de travail du salarié.

A la différence des accords de compétitivité et de maintien dans l'emploi, il n'était pas nécessaire de justifier que l'entreprise éprouve des « graves difficultés économiques ».

Le législateur avait institué certaines limites au champ de l'accord.

La mise en place de ces accords n'a pas connu le raz de marée escompté par le gouvernement. Il a donc été décidé d'élargir complètement le champ et les modalités de ces accords.

Le gouvernement d'Emmanuel MACRON, dans le cadre de l'Ordonnance du 22.09.2017 n°2017-1385, a décidé de donner un coup de pouce à ce type d'accord en permettant leur généralisation.

Ces accords ont été insérés dans la partie « *Rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* » du Code du travail, et non plus dans des parties du code relatives à des catégories particulières d'accord.

Ces nouveaux « *accords de performance collective* » (APC) sont désormais régis par l'article L.2254-2 du Code du travail.

Cet article, unique, a un objet très large.

La cause de l'APC n'est plus limitée. Au contraire, elle est quasiment illimitée puisque l'accord a pour objectif de « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi* ».

Plus besoin de justifier de « *graves difficultés économiques* », de nécessité de maintenir les emplois, dès lors que l'entreprise argue de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.

Qu'est ce qui ne ressort pas de « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* » ? L'intérêt personnel du dirigeant ? Une décision contraire à celle de la survie de l'entreprise ?

Par exemple, il ne serait pas possible d'utiliser un APC pour fermer une entreprise, ce qui est nécessairement contre les nécessités liées à son « fonctionnement » puisqu'il s'agit de signer son arrêt de mort, et donc l'arrêt de son « fonctionnement ».

En ce sens, le Ministre du travail a publié un « questions / réponses » en juillet 2020 sur l'accord de performance collective, postérieurement au dépôt de l'assignation.

Le Ministre du travail expose en page 3 de cette note, qui a valeur d'instruction ministérielle, que :

« En revanche, l'accord de performance collective ne peut pas être utilisé pour la fermeture définitive d'un site ou d'un établissement, lorsque cette fermeture entraîne un déménagement de l'intégralité des postes et fonctions du site ou de l'établissement et que les conditions de reclassement proposées aux salariés par l'employeur dans le cadre de l'accord présentent des caractéristiques telles qu'un refus de la très grande majorité des salariés concernés peut être anticipé avec un degré de certitude élevé (ex : déménagement d'un site à plusieurs centaines de kilomètres entraînant une nécessaire mobilité géographique des salariés).

En effet, l'accord de performance collective ne saurait se substituer aux dispositions applicables en matière de licenciement collectif pour motif économique qui s'imposent à tout employeur dont la situation correspond aux prévisions légales.

L'utilisation de l'accord de performance collective dans une telle situation pourrait être constitutive d'un abus de droit destiné à contourner les dispositions prévues aux articles L. 1233-2 et suivants du Code du travail, cette infraction étant susceptible d'être relevée par voie de procès-verbal transmis au Procureur de la République par l'inspection du travail, conformément aux dispositions de l'article L. 8113-7 du même code ».

- Questions réponses Ministère du travail, 23 juillet 2020

Néanmoins, cette instruction n'a pas de valeur contraignante.

Les possibilités offertes par l'APC sont, finalement, quasi-illimitées, puisque l'accord peut :

- aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- aménager la rémunération;
- déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

La modification de la rémunération est prise dans son acception la plus large, l'article L3221-3 étant visé : « *Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier.* »

La seule limite posée par cet article est de respecter les minimas hiérarchiques fixés par la branche.

Formellement, l'accord doit définir dans son préambule les objectifs poursuivis (la loi n'instaurant néanmoins pas de sanction au non-respect de cette obligation).

L'accord peut enfin préciser (ce n'est donc qu'une possibilité et non une obligation) :

« 1° *Les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée, ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord* ».

« 2° *Les conditions dans lesquelles fournissent des efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés pendant toute sa durée :*

- *les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;*
- *les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance* ».

Contrairement aux accords de maintien de l'emploi de 2013, l'obligation pour les dirigeants de faire les mêmes efforts que les salariés, est devenue optionnelle.

« 3° *Les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale des salariés* »

Là encore, la loi n'institue pas d'obligation de prévoir de clause sur ce point, même si l'accord allonge la durée du travail, prévoit le déménagement des salariés, etc.

« 4° *Les modalités d'accompagnement des salariés ainsi que l'abondement du compte personnel de formation au-delà du montant minimal défini au décret mentionné au VI du présent article.* »

L'accord peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée.

Il peut ainsi prévoir la *suppression* (et non plus la *suspension*) de primes, la diminution de rémunérations, la réalisation de travaux habituels le samedi, l'affectation de salariés à plusieurs centaines de kilomètres de chez eux pour ouvrir une nouvelle agence, etc. Sans nécessairement prévoir de clauses de retour à meilleure fortune.

Le salarié n'a plus le rempart de son contrat de travail à opposer à la décision de l'employeur, puisque l'APC prévoit que « ***les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de***

rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. »

Matériellement, l'employeur n'est pas tenu de proposer un avenant au contrat de travail du salarié ; l'accord devient contrat et se substitue à lui. Le salarié a un mois pour se prononcer ; en cas de silence, il est présumé avoir accepté (ce qui répond au même régime que les modifications du contrat de travail pour motif économique, et déroge au régime classique de la modification du contrat de travail, qui nécessite un accord exprès du salarié pour subir une modification de son contrat).

La loi a tout de même garanti au salarié un **droit au refus** (*« le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord. »*) qui se matérialise dans un délai d'un mois. Si le salarié

Mais ce droit est très relatif.

Si le salarié refuse, il ne conserve pas ses avantages contractuels, mais peut être licencié, pour un motif qui n'est ni fautif, ni économique. Un motif « sui generis », causé par la signature de l'accord et son refus de subir une modification de ses garanties contractuelles.

Ainsi, il est prévu que *« ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse »*.

Le licenciement est donc pré-causé du fait de la signature de l'accord. Le salarié bénéficiera de ses indemnités de licenciement, de préavis, sans autre accompagnement prévu par la loi (les partenaires sociaux restant libres d'instaurer des mesures plus favorables).

Les possibilités de contester le licenciement résultant de l'application d'un APC sont difficiles, puisque le refus de se voir appliquer l'accord constitue *en soi* une cause préétablie de licenciement. Autrement dit, si l'accord est valide, le licenciement l'est également.

Certaines juridictions ont toutefois, par le jeu de l'exception d'illégalité, invalidé des licenciements issus d'un APC que le juge prud'homal a estimé négocié de manière déloyale (CPH MARSEILLE 25 juillet 2023, CA NANCY février 2023, JIPE)

La particularité de ces accords est qu'ils heurtent la liberté contractuelle du salarié.

Ils peuvent porter des atteintes conséquentes aux dispositions contractuelles du salarié, même substantielles, et s'imposent à stipulations pourtant négociées entre le salarié et l'employeur.

En raison de l'atteinte grave à la liberté contractuelle que ces accords apportent, le Conseil Constitutionnel a été saisi pour apprécier la constitutionnalité de l'article L.2254-2 du Code du travail.

Une décision du 21 mars 2018 n°2018-761 a été rendue, par laquelle le Conseil constitutionnel a validé ces accords dans son principe (même s'il a semblé limiter le champ de ces accords aux entreprises pourvues de délégués syndicaux).

Ces APC, par la grande liberté qu'ils offrent aux négociateurs, connaissent un certain succès.

Il est impossible de tenir des statistiques précises sur le nombre d'accords conclus, et les secteurs d'activité concernés, puisque ces accords peuvent ne pas faire l'objet d'un dépôt sur les plateformes du Ministère.

De rares contentieux ont émergé au sujet des APC.

L'un des plus significatifs a été tranché par la Cour d'appel de NANCY.

Leader dans le secteur de la construction modulaire (type algeco), une société a traversé depuis plusieurs années des difficultés économiques. Un plan de redressement judiciaire, en 2018, s'est accompagné de plusieurs licenciements. L'entreprise est alors passée sous le seuil des 50 salariés et a perdu son délégué syndical. Le CSE n'a plus été composé que de deux représentants sans étiquette.

C'est dans ce contexte qu'en juin 2020, la société a signé un « accord de performance collective » (APC) avec ces deux élus au CSE. Avec cet accord, la société a souhaité regrouper l'ensemble de ses activités sur un seul site dans la Meuse (et fermer le site alsacien). Les quatre salariés alsaciens ont donc été confrontés à un choix : déménager ou être licenciés. Deux de ces salariés finalement licenciés, ainsi que deux syndicats, ont contesté devant le Tribunal judiciaire de Bar le Duc l'accord de performance collective estimant qu'un APC ne pouvait pas être conclu dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux, que les conditions minimales de la « négociation » avec le CSE n'avaient pas été respectées et que l'APC visaient en réalité à contourner les dispositions d'ordre public sur les licenciements pour motif économique.

Le premier juge a débouté les demandeurs, mais la Cour d'appel de Nancy a infirmé cette décision et a annulé l'APC, en retenant deux arguments principaux : les conditions de la négociation dérogatoire n'avaient pas été respectées (pas de concertation avec les salariés) et l'APC conduisait à la suppression de postes, il constituait donc un détournement de la loi sur le licenciement pour motif économique (CA NANCY 06 février 2023 n° RG 21/03031)

Quelques mois plus tard, le tribunal judiciaire de PARIS a également été amené à annuler un APC, conclu cette fois avec des délégués syndicaux, au motif de la déloyauté des négociations.

Le Conseil d'Etat, saisi sur la légalité de l'ordonnance du 22 septembre 2017, et donc spécialement saisi sur le contrôle des accords de performance collective, a jugé que le juge doit contrôler les raisons objectives qui conduisent à la mise en œuvre de l'accord de performance collective.

- Conseil d'Etat 7 décembre 2017 n°408379 considérant 15

Le Conseil constitutionnel, dans son arrêt du 21 mars 2018 (2018-761), a quant à lui admis la contestation de la pertinence des motifs ayant justifié l'accord. Lors d'un récent arrêt du 2 décembre 2020 la Cour de Cassation a pu préciser le contrôle opéré sur les accords impactant le contrat de travail, de type performance collective.

La chambre sociale s'est fondée sur les dispositions de l'article 4 de la Convention 158 de l'OIT sur le licenciement qui prévoient qu'un licenciement non inhérent à la personne du salarié doit être fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et de celles des articles 9.1 et 9.3 qui définissent le contrôle du juge sur les motifs invoqués pour justifier le licenciement.

Il en résulte pour la chambre sociale que si le refus par le salarié d'accepter l'application à son contrat de travail des stipulations de l'accord de mobilité interne constitue bien, en application de l'article L 2242-23 du Code du travail alors applicable, un motif économique, il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement consécutif à ce refus au regard, d'une part de la conformité de l'accord aux dispositions des articles L 2242-21, L 2242-22 et L 2242-23 du Code du travail et, d'autre part, de la justification de l'accord par l'existence des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, conformément aux dispositions de la Convention précitée de l'OIT.

- Cass. soc. 2-12-2020 nos 19-11-986 à 19-11.994 FS-PBRI

De son côté, l'Organisation Internationale du travail invite le juge judiciaire à exercer un contrôle effectif sur le motif de licenciement en cas d'accord de performance collective.

Le rapport de l'OIT du 16 février 2022 rappelle que la France est signataire de la Convention n°158 de l'OIT qui expose en son article 4, qu'un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. De plus, selon l'article 7 de la même convention, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées. Enfin, selon son article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié.

Selon la Cour de cassation, cette convention est d'applicabilité et d'invocabilité directe en France. Elle a d'ailleurs invalidé les contrats nouvelles embauches qui permettaient à l'employeur de licencier sans motif les salariés, sur la base de la Convention n°158.

- Cass. soc., 1er juillet 2008, n° 07-44.124, FP-P+B+R+I

Selon le considérant 58 du rapport de l'OIT du 16 février 2022, le juge judiciaire doit contrôler les réels motifs de l'accord de performance collectif et notamment vérifier s'il n'y a pas eu de détournement de pouvoir :

« Le comité considère que, au-delà de l'affirmation expresse par l'article L. 2254-2 du caractère réel et sérieux du licenciement basé sur le refus du salarié de la modification de son contrat de travail consécutive à la signature d'un accord de performance collective, le juge doit pouvoir continuer à procéder à un véritable contrôle judiciaire.

Le comité considère en effet que le texte de l'article L. 2254-2 ne fait que rappeler l'exigence selon laquelle tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse.

Il appartient au juge dans le cadre des procédures judiciaires relatives au licenciement fondé sur l'article L. 2254-2 de déterminer s'il existe ou non un motif valable au sens de l'article 4 de la convention, à savoir si le motif du licenciement est fondé sur « les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », étant établi que, au cours du débat judiciaire, la charge de la preuve ne devra pas reposer sur le seul salarié. Le comité prie le gouvernement de tenir, dans le cadre du contrôle régulier de l'application de la convention, la CEACR informée à cet égard »

- Rapport de l'OIT du 16 février 2022, considérant n°58

Le contentieux sur les accords de performance collective n'est donc pas impossible, mais il est difficile et rare.

La mise en place de ce type d'accord offre un champ presque illimité à l'employeur pour réorganiser son entreprise. Quant aux droits du salarié, la loi ne prévoit presque aucune garantie. C'est le contenu de l'accord, issu du rapport de forces entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, qui déterminera le niveau de protection et d'accompagnement des salariés.

C'est donc au moment de la négociation que se jouera l'efficacité des droits des salariés. La pratique démontre que de nombreux accords ont été négociés (et signés) sans que leurs signataires n'aient été accompagnés (alors que la loi prévoit la possibilité d'être assisté d'un expert, financé à 80% par l'employeur et 20% par le CSE) et sans qu'ils aient réellement conscience de la portée de leur signature.

Pourquoi engager une procédure de licenciement pour motif économique avec éventuel PSE lorsqu'un simple APC permet d'obtenir des résultats identiques, à moindre coût, et sans aucun contrôle de l'autorité administrative ?

Outre le contrôle juridictionnel attaché aux conditions du licenciement, le salarié licencié dans le cadre d'un accord de performance collective est privé des mesures suivantes qui existent en matière de licenciement économique.

Tout d'abord, l'employeur se trouve dédouané de son obligation de procéder à « tous les efforts de formation et d'adaptation » et de son obligation de reclassement renforcée, telle que figurant à l'article L.1233-4 du Code du travail, étant précisé que l'effort de reclassement s'apprécie au niveau du groupe.

Dans un accord de performance collective, la mise en place de « mesures d'accompagnement des salariés » n'est qu'une faculté prévue par l'article L.22542 du Code du travail.

Les salariés sont donc privés de mesures de reclassement telles que prévues à l'article L.1233-4 du Code du travail.

Les salariés sont également privés de la possibilité d'adhérer au Contrat de sécurisation professionnelle (CSP) prévu aux articles L.1233-65 et suivants du Code du travail, qui permet aux salariés licenciés pour motif économique, de bénéficier d'un meilleur accompagnement par Pôle emploi et d'une meilleure indemnisation de leur période de chômage, dans la limite d'un an. Si l'entreprise emploie plus de 1000 personnes ou dépend d'un groupe de cette taille, le bénéfice d'un congé de reclassement n'est pas de droit.

Les salariés sont également privés de la priorité de réembauche instituée à l'article L.1233-45 du Code du travail, qui permet à un salarié licencié pour motif économique d'être prioritaire en cas de poste disponible dans l'entreprise, à condition d'en faire la demande.

L'intérêt de l'employeur de recourir à un accord de performance collective plutôt qu'à des licenciements pour motif économique « classiques » est donc manifeste : moins de contraintes, moins de contrôle, un risque judiciaire très limité.

Les accords de performance collective (APC) (et les accords d'activité réduite pour le maintien en emploi (ARME))

En matière de sauvegarde de l'emploi (en particulier dans le contexte de sortie de la crise sanitaire), les accords de performance collective (APC) et les accords collectifs pour l'activité réduite de longue durée pour le maintien en emploi (ARME) constituent les deux dispositifs promus par les pouvoirs publics dans le but de limiter l'ampleur des licenciements en cas de difficultés économiques.

Perception et efficacité des dispositifs

Dans l'esprit des promoteurs du dispositif, en particulier du gouvernement, l'idée était que rapidement les représentants du personnel et les délégués syndicaux soient amenés à négocier autant d'APC que de PSE afin d'éviter le passage obligé par la case PSE et de chercher de nouveaux équilibres sans devoir contraindre les individus à s'inscrire au chômage.

Un engouement précoce... mais trompeur pour les accords de performance collective

Forts d'un succès immédiat après la publication des ordonnances, la crise sanitaire a indéniablement dynamisé la diffusion de tels accords. A titre de comparaison et pour mémoire, les versions précédentes d'accords de compétitivité avaient connu un démarrage beaucoup plus poussif avec au mieux quelques dizaines d'accords au bout de deux trois ans d'existence. La vitesse d'appropriation des APC par les entreprises est donc notable.

En 2020, les accords ne sont pas publiés et donc non accessibles dans les bases de données, ce qui est dommageable¹¹⁹. Les APC présentent la spécificité essentielle de primer sur le contrat de travail, une caractéristique tout à fait originale et inédite.

¹¹⁹ Les organisations syndicales ont manifesté leur frustration comme les chercheurs et les universitaires souhaitant analyser le contenu des accords négociés. Certaines collaborations entre cabinets d'expertise et laboratoires ont permis de collecter des données et de proposer de premières réflexions sur les acquis de la négociation en matière d'APC.

Des accords déséquilibrés en faveur des entreprises

Dans un premier temps au moins, les accords sont globalement apparus déséquilibrés, en partie en raison d'une relative impréparation des organisations syndicales et un défaut d'accompagnement et d'implication des militants appelés à négocier sur le sujet.

De manière générale, les accords restent à l'avantage des entreprises, bien aidées en cela par un faible recours, pour la négociation, à un expert-comptable désigné par le CSE comme dans le cas des plans sociaux. Face à une négociation complexe sur le plan technique (dimensions économiques, financières et sociales), les représentants des salariés discutent encore trop souvent sans filet.

Cependant, les organisations syndicales et leurs structures ont progressivement formé leurs militants et appris à mutualiser un transfert des connaissances accumulées sur le sujet, au fil des négociations d'APC menées.

L'activité réduite de longue durée négociée par accord : une inflexion à l'égard du dialogue social ?

Durant la crise sanitaire, le gouvernement n'a pas franchement cherché à valoriser le dialogue social. A cet égard, l'ARME apparaît plus favorable que le régime de base en vigueur avant la crise sanitaire. Conditionnée soit à un accord négocié au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, soit sous la forme d'une adaptation d'un accord de branche, cette modalité d'activité réduite étoffe alors la palette des options proposées aux entreprises pour amortir les effets de la crise.

Il s'agit d'une perspective de plus long terme, visant également à éviter la mise en œuvre d'un plan social. Comme son nom l'indique, ce nouveau régime d'activité partielle est assorti d'engagements en matière de maintien de l'emploi, à l'image de ce qui se pratique en Allemagne, voire dans certains pays d'Europe centrale depuis déjà de nombreuses années. Il faut se rappeler que dans la période récente, toute une série de dispositifs très favorables aux entreprises ont été instaurés sans leur fixer d'engagement contraignant ni même une obligation de négociation ou de véritable consultation (CICE, pacte de responsabilité). Pourtant, ces mesures ont dégagé des milliards d'euros d'économies socio-fiscales au bénéfice des entreprises avec un coût considérable pour les finances publiques (chiffrage).

De plus, les modalités de contrôle étaient quasi inexistantes, tout comme la capacité d'émettre des avis sur l'opportunité de mise en œuvre d'un régime d'activité partielle. Avec l'obligation de négocier, les représentants du personnel disposent d'informations en amont (avant la mise en place du régime) et peuvent en conséquence en discuter la pertinence et la nécessité ainsi que, dans un second temps, les modalités et l'introduction de contreparties.

Des formes de contrôle des accords alignées sur les PSE

A l'instar des PSE, ces accords peuvent faire l'objet d'un contrôle, ce qui permet de vérifier sa conformité. Les négociateurs ou les représentants du personnel ont ainsi la possibilité de saisir les services de l'administration en cas de doute sur certaines dispositions. Ces derniers ont alors le loisir d'exercer leur droit d'influence, par exemple en adressant des lettres d'injonction

à l'employeur. De fait, la présence d'un tiers doté de telles prérogatives (la DIRECTE) agit implicitement sur la partie patronale en l'incitant à respecter scrupuleusement le processus de négociation et la procédure.

L'activité réduite a fait la preuve de son efficacité en Allemagne au cours des années 2008/2009, alors que la crise financière mutait en crise économique. Plutôt que de procéder à des licenciements massifs comme en France (chiffage et références), les entreprises allemandes ont signé des accords de réduction du temps de travail, avec une baisse négociée des rémunérations, mais aussi recouru à l'activité partielle. Ces compromis sociaux visent à éviter les licenciements et à préserver autant que possible les compétences de la main d'œuvre indispensables à la compétitivité de l'appareil productif en sortie de crise.

Ces accords comportent la plupart du temps des clauses de retour à meilleure fortune, prévoyant que l'amélioration de la situation s'accompagnera d'une redistribution des gains, une fois la rentabilité rétablie. En théorie, l'entreprise cherche ainsi à préserver une sorte de pacte social en maintenant l'engagement des salariés et leur motivation tout en conservant leurs compétences acquises. Il est vrai que sur la période la France a comparativement souffert d'une désindustrialisation accélérée.

Il faut souligner le fait que les promoteurs de ce type d'accord plaident pour une décentralisation accrue de la négociation en misant – sous couvert de confiance envers les acteurs sociaux locaux – sur leur capacité à défendre leurs intérêts. Sur ce plan, les accords de performance collective ont surtout fourni beaucoup de latitude aux employeurs dans un contexte (les ordonnances) où les moyens des représentants des salariés ont été réduits.

Chapitre 3- L'impact des réformes du marché du travail sur les relations individuelles de travail : licencier pour embaucher ?

Mieux licencier pour mieux embaucher. C'est la théorie qui s'est progressivement mise en place et imposée en pratique depuis 2008, avec une nette accélération depuis les ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017. Ces réformes successives du Code du travail visent à restreindre l'accès du salarié à la justice, afin de rassurer les investisseurs. Réforme de la prescription, de la motivation du licenciement, de l'indemnisation du licenciement abusif... Le salarié est considéré comme un bien incorporel auquel on attribue une « valeur risque », comme peut l'être un bien mobilier ou un contrat commercial. Et ce, peu importe l'impact humain, moral ou matériel, que peut avoir le licenciement sur le salarié...

1/ Contester un licenciement, est-ce encore possible ?

La fonte des délais de prescription

La prescription est un mode d'extinction d'un droit personnel ou d'un droit réel du fait de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps¹²⁰.

Ainsi, peu importe que votre droit soit certain, le fait de ne pas agir pendant un certain délai fait disparaître toute possibilité d'obtenir réparation. La meilleure façon de faire disparaître un droit est de diminuer les délais de prescription.

Les droits salariaux des salariés ont été considérablement réduits, puisque le délai de prescription est passé de 5 ans à 3 ans depuis les ordonnances du 22 septembre 2017. Quant aux licenciements, la réduction du délai de prescription est vertigineuse depuis 15 ans ! Avant 2008, le délai de prescription des licenciements était de 30 ans. Ce délai est passé à 2 ans en 2013¹²¹. Puis à un an avec les ordonnances du 22 septembre 2017¹²².

Ces délais courent à compter de la notification du licenciement¹²³, et non du préavis. Contrairement au droit de la fonction publique, le Code du travail n'impose pas d'informer le salarié de la durée de prescription de son licenciement. Nul n'est censé ignorer la loi, selon le célèbre adage.

Ce défaut d'obligation d'informations est source de danger imminent pour les salariés. De nombreux salariés croient en effet que le délai de contestation ne court qu'à l'issue du préavis. Ce dernier peut être de 2, 3 voire 6 mois¹²⁴. Un délai de prescription d'un an ne laisse alors plus guère de temps au salarié pour :

- Trouver un défenseur syndical ou un avocat à qui présenter son dossier,
- Monter un dossier complet avec lui,
- Et saisir la justice dans les temps impartis.

Dans notre pratique professionnelle, il arrive ainsi que des salariés nous contactent alors que le délai de prescription est expiré. S'il n'existe pas de failles dans le dossier du salarié (situation de harcèlement moral, permettant d'appliquer un délai de 5 années de prescription, situation de force majeure, permettant d'éluder l'application d'une prescription¹²⁵), il est alors extrêmement violent d'expliquer au salarié qu'il ne peut plus faire valoir ses droits en justice, simplement parce qu'il est trop tard pour cela. Et ce, même si son dossier est bon et que ses chances de faire reconnaître le caractère abusif sont sérieuses.

¹²⁰ Lexique des termes juridiques, Lefebvre Dalloz 2025-2026, p. 867.

¹²¹ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 - art. 21 ; « *Toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* ».

¹²² Ordonnances 2°17-1387 du 22 septembre 2017.

¹²³ Article L.1471-1 du Code du travail.

¹²⁴ Par exemple, pour certains salariés relevant la convention collective de la métallurgie.

¹²⁵ Cass soc. 25 janvier 2023 n° 21-17.791

Bien que ces délais de contestation de la rupture soient réduits de 30 ans, puis 2 ans, puis 1 an, une certaine pensée libérale estime que ce délai reste exagérément long. Des réflexions ont alors fleuri dans certains programmes politiques pour réduire ces délais à 4 mois, voire 2 mois (c'est-à-dire, un délai de prescription plus court que nombre de préavis de rupture !).

Or, même pour qui veut réduire le taux de conflictualité du licenciement, une grossière erreur serait d'instituer des délais de prescription *trop courts*. Notre pratique révèle une forte augmentation du nombre d'accords (transactionnels ou de conciliation) intervenus amiablement suite à un licenciement (les barèmes des licenciements abusifs n'y sont pas étrangers, voir ci-après). Ces négociations nécessitent du temps, des allers retours entre les parties, leurs avocats, le temps d'apprécier les chances de succès, et d'accepter moralement le principe d'une issue amiable.

Un délai de prescription trop court conduira le salarié à saisir *d'office* la juridiction, automatiquement, afin de casser les délais de contestation et de préserver ses droits. Une négociation peut bien évidemment se tenir jusqu'au jour prévu pour le jugement, mais l'engagement d'un contentieux, avec son champ lexical, sa brutalité (il s'agit de défendre corps et âme sa position, sans transigeance), l'engagement des coûts (et des coups) induits par le procès, peut rendre *impossibles* des négociations postérieures.

Nous avons ainsi constaté que les salariés étaient beaucoup plus exigeants une fois le dossier prud'homal introduit. Le salarié a fait l'effort de constituer son dossier, de rechercher des pièces, des attestations, des mails... Il souhaite justement que ce temps et ces efforts soient compensés par son contradicteur. Et surtout, la réunion de ces éléments, assemblée et magnifiée sous la plume de son Conseil, le convainc des chances de succès de son dossier, alors qu'il a pu être plus mitigé avant d'avoir constitué ce dossier.

Dès lors, réduire les délais de prescription des licenciements génère une réelle conflictualité et entraîne nécessairement une augmentation des litiges, mais aussi une réduction dramatique des droits des salariés. Et même si le salarié parvient à franchir l'écueil de la prescription, le législateur a entendu lui rendre sa contestation judiciaire du licenciement complexe.

L'évolution de la motivation de la rupture

Depuis plusieurs années, le législateur a créé des motifs de licenciement prédéfinis ou précausés (refus d'une modulation du temps de travail, d'un accord de performance collective, licenciement pour motif économique). Ces licenciements sont devenus quasiment incontestables. Le but est d'éviter la conflictualité de ces motifs de licenciements, qui concernent, généralement, une collectivité de salariés. Le législateur souhaite ainsi en terminer avec les *séries* de contestations judiciaires de licenciements. Il entend ainsi lier le juge.

Tel est le cas pour le refus d'accepter une modification de son contrat prévue dans le cadre d'un accord de performance collective : ce refus du salarié n'est pas une faute, mais il autorise l'employeur à le licencier pour une cause préétablie. L'article L.2254-2 du Code du travail dispose ainsi qu'en cas de refus du salarié, « *l'employeur dispose d'un délai de deux mois à*

compter de la notification du refus du salarié pour engager une procédure de licenciement. Ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse »¹²⁶.

Le but du législateur est manifestement de faire céder le salarié (et le juge) face aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise et ce, peu important l'impact de cet accord sur les droits et la vie privée du salarié¹²⁷.

Concernant le licenciement pour motif économique (et son risque avéré de contentieux prud'homaux sériels), le législateur a suivi la même logique : il a privé le juge de son large pouvoir d'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, en préconstituant le motif réel et sérieux de la rupture.

L'article L1233-3 du Code du travail dispose ainsi :

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment :

*1° A des difficultés économiques **caractérisées** soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.*

Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;*
- b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;*
- c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;*
- d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus ;*

2° A des mutations technologiques ;

3° A une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;

4° A la cessation d'activité de l'entreprise.

La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise.

¹²⁶ Voir analyses critiques, H. CAVAT et L. BENTO de CARVALHO

¹²⁷ Les juges judiciaires ont toutefois relevé le défi présenté par le législateur, et n'ont pas renoncé à tout contrôle sur ces licenciements résultant d'APC : CA NANCY 6 février 2023 n° 21/03031, Cass. soc. 10 septembre 2025 n° 23-23.231 : il appartient au juge de rechercher si l'accord collectif est justifié par les nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

(...)

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées au présent article, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants et de la rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif visée aux articles L. 1237-17 et suivants. »

Le motif lié aux « *difficultés économiques* » est désormais balisé, prédéfini par le législateur.

Pour une entreprise de deux cents salariés par exemple, il suffit que son chiffre d'affaires soit en baisse par rapport à celui de l'année précédente, pendant trois trimestres sur quatre, pour que le motif économique soit constitué. Et ce, peu importe que l'année précédente soit une année exceptionnelle, ou que l'employeur ait « oublié » de procéder à la facturation l'année du licenciement.

Avant les ordonnances du 22 septembre 2017, les magistrats disposaient d'un réel pouvoir d'appréciation en la matière ; ils pouvaient considérer qu'une seule baisse de chiffre d'affaires ne constituait pas un motif sérieux de licenciement, si le but de l'employeur était manifestement de réaliser des économies ou si les juges estimaient que cette baisse de chiffre d'affaires ne permettait pas de constituer un motif sérieux de licenciement.

Désormais, c'en est quasiment fini des séries de contestations de licenciement pour motif économique !

Avant 2013, il était possible de contester l'insuffisance d'un PSE devant le juge prud'homal, et, dans le même litige, de contester la cause économique du licenciement. Puis le législateur de 2013 a retiré la contestation du PSE du champ de compétence du juge prud'homal, pour l'affecter au juge administratif. Ensuite, le législateur de 2017 a fermé la porte des contestations des licenciements économiques, en préconstituant la cause réelle et sérieuse des licenciements prononcés pour des difficultés économiques.

Désormais, lorsque nous accompagnons des syndicats ou des CSE dans le cadre de plans de sauvegarde de l'emploi, la question de la contestation du licenciement pour motif économique devient de plus en plus rare.

De nouveaux outils, issus notamment de la loi Pacte (article 1833 du Code civil) vont-ils venir suppléer ce repli des droits des travailleurs issus du code du travail ?

Cet article dispose que :

*« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. **La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.** »*

Ne pas prendre en compte les intérêts des salariés, par exemple en fermant un site qu'un groupe considère comme insuffisamment rentable, n'est-ce pas violer l'article 1833 du Code

civil ? Il va falloir attendre quelques temps pour voir émerger tout le potentiel de cette disposition.

Il apparaît quelque peu ubuesque d'en appeler au droit civil (qui repose initialement sur un principe d'égalité entre les parties contractantes) à la rescousse du droit du travail (censé compenser le déséquilibre de la relation de travail au détriment du salarié). Ce qui est révélateur de la dégradation continue des droits des travailleurs depuis plusieurs années.

2/ La sanction du licenciement abusif rabotée

Il devient de plus en plus difficile de faire reconnaître le caractère abusif des licenciements. Et même si le salarié parvient à faire reconnaître que la rupture est sans cause réelle et sérieuse, que ce soit au bénéfice du doute ou bien après avoir prouvé que son licenciement est manifestement abusif, il ne bénéficiera que rarement d'une réparation intégrale de ses préjudices.

Avant 2017, le licenciement reconnu comme étant abusif dans les entreprises de 11 salariés et plus et pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté, était sanctionné par une indemnité **d'au moins six mois** de salaires. Le juge était libre d'apprécier le préjudice réellement subi et d'indemniser en conséquence le salarié, en respectant ce plancher. Cela permettait de tenir compte de la situation personnelle de salarié (qualification, âge, situation de famille, situation de l'emploi dans le bassin d'emploi, crédits restants à rembourser, brutalité du licenciement...). Le plancher de 6 mois permettant quant à lui de garantir un effet réellement dissuasif au licenciement abusif.

Dans notre cabinet, il nous est arrivé d'avoir à défendre une salariée licenciée après un faible temps de présence dans l'entreprise (à peine plus de deux ans) ; la brutalité de son licenciement, générant des préjudices professionnels et moraux avérés, l'empêchant de reprendre toute activité malgré son jeune âge (moins de 30 ans), a pu être indemnisée à hauteur de 10 mois de salaires. Aujourd'hui, elle ne pourrait prétendre qu'à des dommages et intérêts représentant entre 3 et 3,5 mois de salaires !

En effet, les ordonnances Macron du 22 septembre 2017¹²⁸ ont institué un **barème obligatoire** d'indemnisation des licenciements abusifs.

Ces barèmes ne sont basés que sur **l'ancienneté** du salarié (et, dans une moindre mesure, sur l'effectif de l'entreprise), et sont calculés en mois de salaires bruts. Le but est de « *valoriser* » chacun des salariés et de lui attribuer une valeur comptable, y compris en cas de licenciement abusif.

L'objectif de cette mesure, tel que présenté par l'étude d'impact de ces ordonnances, était notamment « *de sécuriser juridiquement des situations actuellement insatisfaisantes* ». L'étude d'impact mettait en avant plusieurs éléments à corriger : des différences de montants dans les indemnités versées selon les juridictions qui auraient traduit « *notamment des traitements différenciés par les juges dans des situations comparables* », un délai moyen de

¹²⁸ Article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

traitement des affaires de 14,7 mois, un taux de recours au départage de 25 % et un taux d'appel de 62 %.

Dans ce cadre, la barémisation des dommages et intérêts pour licenciement abusif a visé deux objectifs :

- « *lever les freins au recrutement, en accroissant la prévisibilité des décisions rendues et en sécurisant les entreprises, notamment les TPE-PME, au regard des risques liés à la rupture du contrat de travail* »
- « *renforcer l'égalité de traitement devant la justice et faciliter la résolution des litiges, notamment en incitant à la conciliation et en diminuant le taux d'appel (taux supérieur à 60%)* ».

Les effets pervers de ces barèmes se sont vite fait ressentir dans le quotidien des salariés. Depuis 2017, un salarié ayant un faible salaire est fortement pénalisé par rapport à un salarié disposant d'une forte rémunération.

Un salarié travaillant à temps partiel (ce qui est statistiquement plus probablement une femme) verra son indemnisation nécessairement réduite par rapport à son collègue travaillant à temps plein, pour une simple question de niveau de salaire ! Quand bien même le préjudice de la personne à temps partiel serait objectivement d'un niveau amplement supérieur à celui de son collègue...

Dès lors, ces barèmes sont particulièrement inéquitables pour les salariés les plus fragiles : si le salarié a un faible salaire, qu'il travaille à temps partiel, il sera inévitablement lésé par les barèmes de l'article L.1235-3 du Code du travail.

Bien que ces barèmes ne permettent pas de réparer de façon adéquate un licenciement abusif, en violation de la convention n°158 de l'OIT, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, validé ces barèmes. Elle les a validés par principe, en jugeant que le barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse n'est en soit pas contraire à l'article 10 de la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail.

Puis en interdisant une approche *in concreto*, au cas par cas, qui aurait permis aux juges du fond d'écarter l'application des barèmes dans certains dossiers pour lesquels ces barèmes n'auraient pas permis la réparation intégrale du préjudice du salarié.

Ainsi, par une décision du 11 mai 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation, statuant en formation plénière, a fermé toutes les portes à une appréciation au cas par cas des barèmes, la Cour estime ensuite que le juge français ne peut écarter, même au cas par cas, l'application du barème au regard de cette convention internationale.

Pour justifier de sa décision, la Cour de cassation a expliqué dans son communiqué de presse¹²⁹ que ce contrôle *in concreto* :

¹²⁹ Référence

- créerait pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges¹³⁰ ;
- porterait atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, garanti à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

La Cour de cassation juge que la détermination du montant réparant le préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité *in concreto*.

Aujourd'hui, de nombreux salariés, ayant une faible ancienneté et / ou un faible niveau de rémunération, renoncent à engager une action en justice pour contester leur licenciement, après avoir fait la balance entre les chances de succès et le coût inhérent à toute action en justice.

Ainsi, il est possible d'affirmer que les barèmes de l'article L.1235-3 du Code du travail ont un réel effet **dissuasif**, et qu'ils éloignent de nombreux salariés victimes de licenciements abusifs du service public de la justice.

Le rapport 2021 d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017¹³¹ a relevé que « *le barème est majoritairement appliqué par les juges et **qu'il a un effet maximal à la baisse sur le montant des indemnités pour les salariés ayant entre 2 ans et 5 ans d'ancienneté dans les entreprises de 11 salariés ou plus**. Ce sont pour ces salariés que l'intérêt (financier) à agir s'affaiblirait d'abord. L'effet est moindre pour les salariés ayant une ancienneté au-delà de 5 ans* ».

Ce rapport n'intègre que les statistiques fondées sur les décisions de justice rendues avant et après entrée en vigueur des barèmes issus de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Il n'intègre pas (et pour cause !) le nombre de *renoncations* à action en justice des salariés, ni les accords préalables à toute action en justice.

Il est manifeste que ces accords, conclus sous forme de transactions (article 2044 du Code civil), se sont démultipliés depuis l'entrée en vigueur des ordonnances du 22 septembre. En effet, en dehors de situations d'atteintes à des libertés fondamentales avérées, le salarié sait que même s'il gagne son procès, il n'obtiendra pas plus qu'un certain montant au titre du licenciement abusif. Bien évidemment, l'employeur et son avocat le savent aussi. D'où un nombre important de transactions conclues à l'intérieur des sommes prévues par l'article L.1235-3 du Code du travail.

Ces transactions n'apparaissent pas dans les statistiques prud'homales puisque, par définition, la transaction a pour objet et pour effet de faire cesser un litige né ou à naître.

¹³⁰ Pourtant, cela ne gêne pas la Cour de cassation de se retrancher derrière « *l'appréciation souveraine des juges du fond* » dans de nombreux litiges, ce qui génère nécessairement une inégalité de traitement en fonction de la personnalité du juge à laquelle le justiciable est confronté.

¹³¹ *Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, rapport 2021*, décembre 2021, France Stratégie.

De surcroît, une confidentialité est attachée aux transactions, laquelle empêche le salarié de se prévaloir auprès de ses collègues, et ces derniers de connaître l'accord conclu. Alors qu'une décision de justice est généralement rapidement connue dans l'entreprise, et permet aux salariés victimes de faits similaires de s'en prévaloir à l'appui de leur propre licenciement.

Il est donc possible de considérer que l'augmentation du nombre d'accords transactionnels constitue un réel avantage pour les employeurs peu scrupuleux, qui peuvent se permettre de conclure un nombre important de transactions sans que les salariés de l'entreprise, les conseils de prud'hommes, les syndicats ou les médias le sachent.

On constate d'ailleurs que de plus en plus d'entreprises qui restructurent collectivement, tentent de faire passer les indemnités supralégales de licenciements, habituellement contenues dans l'accord majoritaire ou le document unilatéral valant PSE, par le biais d'accords transactionnels individuels.

Certes, la Cour de cassation veille à ce qu'un accord collectif ne puisse pas subordonner l'accès à ses mesures à la conclusion d'un accord transactionnel emportant toute renonciation à action en justice¹³². Mais ces arrêts de cassation ne sont que la face émergée d'un immense iceberg, dans lequel nombre de plans de restructurations prévoient qu'une partie des indemnités supralégales sera versée sous forme d'indemnité transactionnelle, avec renonciation à toute action en justice. Si ce montant rentre dans les limites des barèmes de l'articles L.1235-3 du Code du travail, le salarié n'ira pas remettre en cause sa transaction, bien que sa légalité soit discutable.

La seule possibilité pour éviter l'application des barèmes est de se prévaloir d'une cause de **nullité** du licenciement, tel que prévu à l'article L.1235-3-1 du code du travail :

« L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à :

1° La violation d'une liberté fondamentale ;

2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;

3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ;

¹³² Cass. soc. 12-7-2010 n° 08-40.821; Cass. soc. 15-10-2013 n° 12-22.911 ; Cass. soc. 22-1-2025 no 23-11.033.

4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;

5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ;

6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur dont bénéficient certains salariés en application du chapitre Ier du Titre Ier du livre IV de la deuxième partie du code du travail, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, sans préjudice de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. »

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont néanmoins considérablement réduit le montant de l'indemnisation du salarié en cas de nullité du licenciement. Auparavant, le salarié subissant un licenciement nul bénéficiait d'une indemnité minimale de 12 mois de salaires ; la réforme de 2017 a divisé par deux ce montant plancher, en conférant une indemnité minimale de 6 mois de salaires. Cette diminution du plancher a évidemment conduit à une diminution des indemnisations.

L'effet « collatéral » des barèmes d'indemnisation des licenciements abusifs, a été l'augmentation du nombre d'atteintes prétendues à des libertés fondamentales dans les licenciements.

L'imputation d'atteintes à la liberté d'expression, comme à la liberté de contracter, s'est en effet démultipliée dans les litiges prud'homaux. Nous avons eu à gérer des atteintes indirectes au droit de grève, des atteintes à la liberté d'expression, voire des sanctions de salariés licenciés pour avoir « osé » attester contre leur employeur, dossiers extrêmement rares depuis 2017, qui ont tendance à se multiplier depuis.

Mais c'est sans commune mesure avec l'explosion des licenciements prétendument en lien avec des situations de harcèlement moral.

Par exemple, dans une association alsacienne ayant le licenciement facile, trois salariées ont été licenciées pour faute grave après quelques mois d'ancienneté dans un établissement. Leur licenciement coïncide avec des conditions de travail délétères, et la parution d'un article de presse dénonçant ces conditions de travail (plafonds qui s'effondrent, défaut de protection des salariées de l'association face aux agissements répréhensibles des usagers, sanctions et menaces injustifiées...).

L'application stricte des barèmes Macron aurait limité leur indemnisation à 1 mois de salaire maximum chacune ! Autant dire : une sanction absolument pas dissuasive pour l'association. Resituer leur licenciement dans un contexte de harcèlement moral, a permis à la Cour d'appel de reconnaître le caractère nul du licenciement, et de leur octroyer à chacune plus de 6 mois

de salaires¹³³. Mais sans la reconnaissance du harcèlement, cette indemnisation aurait été dérisoire.

Malheureusement, l'utilisation de plus en plus fréquente, voire massive, de la notion de harcèlement moral dans les litiges prud'homaux, a conduit à une complexification certaine des contentieux. Il n'est plus de dossiers « faciles » (lesquels font l'objet de ruptures conventionnelles ou d'accords amiables avant d'avoir à passer devant le juge). Il est désormais demandé aux avocats de resituer le licenciement dans un contexte pathogène, voire harcelant, afin de parvenir à mobiliser un motif d'atteinte à une liberté fondamentale.

C'est pourquoi une fois le litige introduit, avec tous les efforts (matériels et financiers) réunis par le salarié pour monter son dossier, il devient difficile de finaliser un accord ou une conciliation (cf nos observations développées dans la partie consacrée à la baisse des délais de prescription).

Dans le même temps, le degré d'exigence des juges du fond pour reconnaître l'existence de harcèlement moral a considérablement augmenté. De nombreux juges (qu'ils soient de première instance ou d'appel), qui ont souvent été peu réceptifs à reconnaître le harcèlement (sauf cas – rares mais existants – de situations d'insultes ouvertes, de dénigrements ou d'humiliation flagrantes), deviennent clairement hostiles à cette notion, la rejetant quasi-systématiquement. D'où un nombre de pourvois en cassation en hausse significative sur ce thème, et un taux important d'arrêts de cassation avec renvoi devant une autre cour d'appel.

D'où l'équation suivante : instauration de barèmes de licenciement = multiplication des dossiers invoquant des harcèlements ou des atteintes à des libertés fondamentales pour justifier la nullité du licenciement = prolifération des rejets de demande de nullité de la rupture par les juges du fond = accroissement des saisines de la Cour de cassation = recrudescence des arrêts de cassation avec renvoi = engorgement de la justice, du premier degré de juridiction au dernier.

Le rapport de la Cour des comptes de juin 2023¹³⁴ relatif aux conseils de prud'hommes confirme ainsi que :

*« L'intérêt (financier) à agir moindre des salariés devrait conduire à diminuer le nombre de demandes portées devant les CPH. S'il n'existe encore aucune étude en la matière, les CPH font état de **demandes moins nombreuses mais plus complexes** déposées par les salariés contestant les licenciements, notamment en faisant valoir des situations de discrimination ou de harcèlement, qui font obstacle à l'application du « barème » ».*

Ce rapport souligne ainsi que si le nombre de recours aux prud'hommes a été divisé par deux entre 2009 et 2021, la durée de traitement des affaires reste importante : elle était, en 2021, en moyenne de 16,3 mois, en augmentation régulière (cette durée était de 9,9 mois en 2009). Il est acquis que les dossiers devenant plus complexes, les temps d'analyse des dossiers ont eux aussi explosé.

¹³³ <https://www.rue89strasbourg.com/horizon-amitie-condamne-trois-fois-pour-harcelement-moral-332404>

¹³⁴ Rapport de la Cour des comptes, juin 2023, « Les Conseils de prud'hommes ».

Instituer des barèmes pour les licenciements abusifs, n'a donc pas eu pour effet de réduire le nombre de contentieux, mais cela les a rendus plus complexes et plus longs.

3/ La justice sans tête

La solution trouvée par les derniers gouvernements pour réduire les délais de traitement des dossiers contentieux a consisté à restreindre la possibilité de contester les décisions de justice, en durcissant drastiquement les conditions matérielles de recours (décret Magendie applicable depuis le 1^{er} août 2016 en cour d'appel), augmenter le taux de ressort à 10 000€ (projet en cours), réinstauration d'une taxe pour saisir les juges...

Les réformes (ou non réformes) de la justice prud'homale restent des réformes du marché du travail.

Plusieurs modifications de la procédure prud'homale ont été introduites par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹³⁵ avec l'objectif de réduire la durée des affaires traitées par les conseils de prud'hommes.

Ces évolutions, précisées par le décret du 20 mai 2016¹³⁶, portent sur la création de circuits courts pour réduire les délais de jugement, sur la mise en état des affaires et l'affectation prioritaire de conseillers pour la conciliation.

En pratique, la réforme de l'appel de 2016 a produit des effets catastrophiques pour les justiciables. Elle a ainsi eu pour effet d'augmenter les irrecevabilités, soulevées (souvent d'office par les juges, alors que les parties tiennent à avoir une décision sur le fond) pour contrecarrer la complexité des dossiers à traiter avec toujours moins de moyens.

L'exemple de la Cour d'appel de Colmar est saisissant. Historiquement constituée de deux chambres pour gérer les dossiers issus des conseils de prud'hommes alsaciens, les délais pour qu'un arrêt soit rendu sont restés raisonnables pendant des années. En début d'année 2020, les avocats se sont mis en grève. Peu d'affaires ont été jugées, et peu de jugements ont donc été rendus. Puis l'épidémie de Covid 19 a complètement paralysé la justice prud'homale, pendant des mois.

Résultat mathématique : la chancellerie a constaté, durant l'année 2020, un nombre d'affaires en décroissance manifeste à la Cour d'appel de Colmar. La présidente d'une des deux chambres sociales faisant valoir ses droits mérités à la retraite, il a été décidé de ne pas la remplacer et de supprimer cette seconde chambre pour de pures raisons statistiques et comptables, sans s'intéresser à l'origine conjoncturelle, par nature temporaire, de cette décade.

Il ne reste donc plus qu'une chambre sociale à la Cour d'appel de Colmar chargée du contentieux prud'homal. Les effets du COVID ayant pris fin, les juridictions prud'homales ont

¹³⁵ Articles 258 et 259 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹³⁶ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

repris leur marche normale, devant juger de dossiers de plus en plus complexes. Et le taux d'appel n'a pas diminué, loin de là.

Conséquence : le stock d'affaires à la chambre sociale de Colmar explose, la Cour ne parvenant plus à faire face à l'arrivée continue des nouveaux litiges ; les délais de traitement des dossiers sont en augmentation constante. Les juges ne disposent plus que de l'outil des irrecevabilités pour tenter de freiner et de contenir cette inflation, faute de moyens suffisants offerts par la chancellerie.

La réforme des juridictions d'appel participe donc aussi des réformes du marché du travail, en ce qu'elle conduit à dissuader les parties de saisir le juge... et donc à sécuriser l'exécution et la rupture du contrat. Et ce, au détriment manifeste du justiciable.

Conclusion

Cette étude vise modestement à fournir des éléments de réflexion sur les processus entourant les réformes du marché du travail et plus généralement les orientations du droit du travail, leurs origines et leurs effets, notamment en termes de flexibilisation et de précarisation de l'emploi comme du travail. Il s'agissait aussi d'aborder en filigrane la manière dont les politiques publiques ont traité le monde du travail au cours des dernières décennies.

La globalisation économique, dopée par l'ouverture des marchés, s'est traduite par une mise en concurrence inévitable et parfaitement prévisible des législations nationales. Cette course à l'échalotte ne pouvait que favoriser les acteurs les moins enclins à défendre les intérêts du travail et s'opère toujours au détriment des Etats pourvus d'un droit social étoffé et protecteur. Cela pose la question des effets délétères du commerce international dérégulé qui place les intérêts du capital et des firmes multinationales au-dessus de la capacité des Etats à encadrer le fonctionnement des marchés et plus généralement de leurs économies.

Alors que les enjeux autour de la souveraineté industrielle avaient semblé un temps devenir une priorité à la faveur des interrogations nées du choc suscité par la crise inédite de la Covid, la parenthèse n'aura une nouvelle fois pas duré et à ce jour pas permis de remettre en cause les rapports de domination et la prédominance des objectifs financiers.

A travers l'évocation de quelques expériences étrangères, on a pu voir à quel point la mobilisation des politiques menées chez nos voisins sert systématiquement dans le débat public à montrer en miroir à quel point les protections de l'emploi seraient trop importantes en France pour espérer lutter efficacement contre le chômage et le sous-emploi. A cet égard, la flexicurité danoise a connu ses heures de gloire avant de passer progressivement à l'arrière-plan en tant que modèle à suivre, probablement parce que les acteurs souhaitant l'importer en France n'étaient pas prêts à investir dans les volets formation et accompagnement et encore moins à garantir des indemnités chômage aussi élevées durant les phases de transition.

Nous avons également cherché à interroger les réformes structurelles en les resituant dans le contexte idéologique de la construction européenne, sous-tendu par les injonctions provenant des institutions internationales (FMI, OCDE). Cela nous a conduit à aborder une série de thématiques : les évolutions du contrat de travail, les relations individuelles et collectives de travail, les modalités de rupture de la relation de travail, notamment le licenciement économique, les modes de régulation de la négociation collective, la remise en cause des fondements du droit du travail, les restructurations ou encore les contours des politiques érigeant la compétitivité et la flexibilité en boussoles.

En dépit des spécificités nationales, il ressort de grandes tendances communes à l'instar de l'assouplissement du droit des contrats de travail pour les emplois permanents et d'une décentralisation poussée de la négociation au niveau de l'entreprise. D'autres points de convergence comme la modération salariale et la dégradation des systèmes d'assurance-chômage afin d'inciter les chômeurs à reprendre un emploi au plus vite n'ont pas été traités en détail ici mais ils constituent à l'évidence des tendances lourdes.

Les processus de réformes du marché du travail sont un sujet particulièrement vaste et d'une grande richesse pouvant ouvrir de multiples angles de réflexion et nous avons volontairement choisi de faire des impasses, ce qui ne signifie nullement une sous-estimation de l'importance de certaines thématiques.

En conclusion, revenons sur certains arguments mobilisés pour légitimer les dernières réformes du travail. Parmi eux figure systématiquement celui de la nécessité d'une modernité plus en phase avec son temps et avec la réalité concrète, le vécu du monde économique par opposition à des esprits critiques qui seraient les tenants d'un conservatisme. Il est évident que les évolutions du droit du travail sont régulières et tout à fait nécessaires mais ses ajustements n'ont de sens qu'à la condition impérative que les finalités en soient bien identifiées.

Or, la suppression de droits obtenus de longue lutte par les travailleurs en vue de les protéger contre des durées excessives de travail, de leur garantir une rémunération décente et de les prémunir de licenciements injustifiés constitue un cheminement de nature régressive, voire réactionnaire, vers un état du droit antérieur aux progrès sociaux, soit une voie difficilement qualifiable de moderniste.

Autre argument très présent, celui de la complexité qui appellerait une vaste entreprise de clarification pour en faciliter l'interprétation et en améliorer la lisibilité¹³⁷. Cette complexité renvoie à une série de facteurs, à commencer par l'ampleur des textes afférant au code du travail. En pratique, la principale difficulté d'appropriation a surtout trait à la pluralité des sources (internationale, communautaire, nationale, articulation entre le législatif et les conventions collectives puis entre ces dernières et le contrat) mais fondamentalement plusieurs de ces dimensions ne participent pas à la connaissance du droit.

Pour ce qui concerne les objectifs de sécurisation juridique, ils sont parfaitement légitimes pour offrir un cadre stable aux acteurs économiques mais la sécurité recherchée doit s'appliquer à tous, en l'occurrence autant aux salariés qu'aux employeurs. Et il n'est pas démontré que le code du travail représente un véritable facteur d'insécurité pour les entreprises, sachant que l'employeur dispose dans la relation contractuelle du pouvoir et de l'initiative des modifications dans l'exécution des contrats de travail (duré du travail, lieu d'exercice, cessation du contrat...). Autrement dit, le droit du travail a vocation à garantir en premier lieu la protection du salarié compte tenu de cette puissante asymétrie.

¹³⁷ On peut s'étonner du fait que ce type de critique soit peu adressé à d'autres spécialités du droit (urbanisme, sociétés...) pourtant au moins aussi difficiles à appréhender.

Pourtant, la dernière réforme du code du travail accroît encore les possibilités pour l'employeur de modifier par accord d'entreprise la durée du travail, de moduler le temps de travail sur différents cycles selon ses besoins (semaines, année voire de manière pluriannuelle) ou encore de faire fluctuer les rémunérations. Ces éléments ont fondamentalement peu avoir avec la sécurité juridique de la partie patronale mais visent clairement à dégager des marges de productivité et de rentabilité économique, autrement dit des buts qui ne relèvent pas du droit du travail.

Si des accords tendant à l'accroissement de la productivité peuvent justifier des licenciements pour motif économique, il s'agit clairement d'une mystification et d'un détournement d'objet du droit du travail. De même, l'objectif de la lutte contre le chômage que permettrait un assouplissement des règles du travail constitue une vision simplificatrice et caricaturale des déterminants de l'emploi¹³⁸.

Or, il apparaît toujours aussi délicat d'établir un lien entre l'évolution du chômage et l'inflexion des règles inhérentes au Code du travail. Cela n'empêche pas certains économistes bien installés d'afficher leurs certitudes concernant la corrélation entre le droit du travail et le niveau du chômage, sachant que bien d'autres facteurs pèsent lourdement (coût du foncier, problématique de l'accès au logement, prix de l'énergie, coût du capital... De fait, l'argument de l'emploi se voit largement mis en avant pour dissimuler les véritables motivations.

Du côté des acteurs sociaux, la loi dite de modernisation du dialogue social entendait associer étroitement les syndicats et les groupements d'employeurs pour toute initiative de modification des règles du droit du travail dans le cadre d'une « concertation préalable ». Ces obligations légales n'ont à l'évidence pas été respectées concernant le projet de loi Travail puisque les acteurs n'ont reçu une version du texte que dans les jours précédant son adoption en conseil des ministres¹³⁹.

On peut observer que parmi les experts mobilisés pour légitimer et apporter un vernis scientifique aux orientations du texte, le choix a été fait d'accorder une place disproportionnée aux économistes, en dépit des limites constatées en matière de capacité prévisionnelle, notamment dans l'anticipation de la grande crise financière de 2008. De plus, la qualité première des économistes en question n'est pas la connaissance et la maîtrise des règles juridiques, ce qui ne les a pas empêchés de prendre des positions et de défendre des options juridiques au mépris des réalités du droit du travail...

La loi Travail puis les ordonnances ont remis en cause l'ordonnancement des sources du droit du travail, sachant que les modifications introduites concernent l'ensemble des domaines de ce droit (relations individuelles et collectives, apprentissage, formation professionnelle, conditions de travail, contrat de travail, compte personnel d'activité, règles de représentation

¹³⁸ En 1986, le CNPF estimait par la voix de son président Yvon Gattaz que la suppression de l'autorisation administrative de licenciement se traduirait par la création d'environ 367.000 emplois, autant dire qu'on les attend toujours... trois décennies plus tard, le fils du précédent, Pierre Gattaz, se risque à son tour à un exercice de prédiction en chiffrant les créations d'emploi qui découleraient d'une modification du Code du travail.

¹³⁹ Devant l'ampleur des protestations, la présentation du texte sera finalement reportée de quelques semaines. A cet égard, il faut rappeler que le Conseil d'Etat a fait preuve d'une mansuétude extrême dans l'avis favorable accordé à un projet de loi qui ne respectait manifestement pas les dispositions légales (article L1).

du personnel, modalités de la négociation collective et coordination des accords collectifs, révision des conventions collectives...)

Parmi les enjeux fondamentaux, on trouve l'organisation du temps de travail avec une orientation dans le sens d'une plus grande souplesse accordée aux employeurs en matière d'allongement de la durée du travail et de capacité à la faire varier en fonction de ses besoins économiques dans des délais très courts (d'une semaine à l'autre sur un temps pouvant s'étaler sur plusieurs années). Et il faut bien constater que cette flexibilisation accrue du temps de travail n'est pas systématiquement conditionnée par l'octroi de contreparties pour les salariés concernés, notamment en matière de rémunération des heures supplémentaires¹⁴⁰.

Dans le domaine du contrat de travail et du droit des licenciements, les inflexions proposées s'appuient sur l'idée que la facilitation des licenciements constitue une incitation à l'embauche en levant les préventions des employeurs. D'où un assouplissement du cadre de la cause réelle et sérieuse et une large tolérance en cas de licenciements économiques injustifiés au nom de la sécurité juridique de la partie patronale grâce à l'instauration de plafonds d'indemnisation¹⁴¹. Sur la cause réelle et sérieuse, cette remise en cause a suscité un vif émoi chez les juristes dits « travaillistes » en accordant un biais favorable a priori aux décisions prises par les employeurs – une forme de « présomption de justification » sur le bienfondé du licenciement – autorisant le contournement de dispositions figurant pourtant dans le contrat de travail.

Pour ce qui est de l'ordonnancement des sources juridiques, la possibilité accrue de déroger par voie d'accord aux conventions collectives et aux dispositions légales a constitué un changement majeur qui affaiblit clairement les droits des salariés et la capacité de leurs représentants à les défendre efficacement.

Au total, la succession de réformes du marché du travail et singulièrement du droit du travail reflète une vision qui ne place pas les salariés au cœur des préoccupations mais privilégie avant tout les conditions de réalisation de gains de productivité et de rendement financier et donc les intérêts de l'entreprise, masquées par un hypothétique développement de l'emploi. Il s'agit sans conteste d'une inversion majeure et fondamentale du droit du travail.

En documentant les réformes qui ont affecté le droit du travail, notre objectif est d'armer les organisations syndicales face aux futurs programmes qui ne manqueront pas de proposer de nouveaux reculs sociaux au nom de la compétitivité et de l'adaptation permanente à la contrainte extérieure.

¹⁴⁰ Les employeurs ont en effet la possibilité de déroger au taux minimal prévu jusqu'alors dans la législation.

¹⁴¹ Par rapport aux premières versions du texte, le gouvernement a opéré ensuite un recul en matière de plafonnement comme nous le verrons par ailleurs.

Bibliographie

Amable B., La résistible ascension du néolibéralisme, modernisation capitaliste et crise politique en France (1980-2020), La Découverte, 2021.

Artus P., 40 ans d'austérité salariale, comment en sortir ?, Odile Jacob, 2020.

Askenazy P., Les décennies aveugles, emploi et croissance (1970-2010), Editions du Seuil, 2011.

Bantigny L., La France à l'heure du monde, de 1981 à nos jours, Editions du Seuil, 2019.

Bernard, S., & Rey, M. (2017). Les contrats aidés : quels objectifs, quel bilan ? [DARES Analyses, n. 021]. Ministère du Travail, France. Récupéré de : <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2017-021v2.pdf>

Béthoux, E., & Jobert, A. (2013). Négocier sur l'emploi pour le sécuriser ? L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 en perspective. Recherche Socialiste, 62-63, 129-146.

Bouvier, A. (2019). Les ruptures conventionnelles individuelles en 2018. La hausse des homologations se poursuit. [DARES Résultats, n. 008.] Ministère du Travail, France. Récupéré de: <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2019-008.pdf>

Brice B., L'impasse de la compétitivité, Les liens qui Libèrent, 2013.

Chappe V-A., Tonneau J-P. (sous la direction), Le droit du travail en sociologue, Presse des Mines, 2022.

Combrexelle, J.-D. (2015). La négociation collective, le travail et l'emploi. [Rapport au Premier Ministre, Septembre 2015]. France Stratégie, Paris. Récupéré de : https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs_rapport_missionjdc_08092015.pdf

Conseil d'Orientation pour l'Emploi (COE) (2014). L'évolution des formes d'emploi. (Rapport du COE). Paris, 8 avril 2014. Récupéré de: http://www.coe.gouv.fr/140430-Rapport_pour_site3d7f1.pdf?file_url=IMG/pdf/140430-Rapport_pour_site-3.pdf

Couprie, H., & Joutard, X. (2016). La place des emplois atypiques dans les trajectoires d'entrée dans la vie active: évolutions depuis une décennie. [Working Paper n. 2]. Céreq, France. Récupéré de: <https://www.cereq.fr/la-place-des-emplois-atypiques-dans-les-trajectoires-dentree-dansla-vie-active-evolutions-depuis>

Coutrot T., Ramaux C. (coordination), Le bel avenir du contrat de travail, Appel des économistes pour sortir de la pensée unique, Syros, 1999.

Dossier : "Loi relative à la sécurisation de l'emploi" (2013). Droit Social, 2013(9), 662-739.

Fabre, A., Lefresne, F., & Tuchsirer, C. (2008). L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Une tentative d'évaluation. La Revue de l'OFCE, 2008(107), 5-28.

Flamand, J. (2016). Dix ans de transitions professionnelles : Un éclairage sur le marché du travail français. [Document de Travail n. 2016-03]. France Stratégie, Paris. Récupéré de : https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/dt_dix_ans_de_transitions_professionnelles.pdf

Freyssinet, J. (2007). L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : Un avenir incertain. La Revue de l'IRES, 54, 3-40.

Freyssinet, J. (2013). L'emploi au cœur de la négociation d'entreprise : Quel impact de l'accord du 11 janvier 2013 ? La Revue de l'IRES, 77, 3-38.

Freyssinet, J. (2015a). La modernisation du dialogue social. [Note Lasaire, n. 46]. Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges, Paris. Récupéré de : http://www.lasaire.net/fr/news/les-notes/6/la-modernisation-du-dialogue-social_159.html

Freyssinet, J. (2015b). Réforme du droit du travail et négociation collective. Le rapport Combrexelle dans son contexte. [Note Lasaire, n. 49]. Laboratoire Social d'Actions d'Innovations de Réflexions et d'Échanges, Paris.

Freyssinet, J. (2017b). La genèse des ordonnances portant réforme du Code du travail. [Document de Travail, n. 02.2017]. IRES, Paris, France.

Freyssinet, J. (2018). Genèse du projet de loi "pour la liberté de choisir son avenir professionnel". [Document de Travail, n. 04.2018]. IRES, Paris, France. Récupéré de : <http://www.ires.fr/index.php/actualites/item/5722-genese-du-projet-de-loi-pour-la-liberte-de-choisirson-avenir-professionnel>

Gautié, J. (2011). France: Protecting the insiders in the crisis and forgetting the outsiders. In D. Vaughan-Whitehead (Ed.), Work inequalities in the crisis: Evidence from Europe (chapter 5, pp. 198-243). Cheltenham : Edward Elgar-ILO.

Gautié, J., & Laroche, P. (2018). Minimum wage and the labor market: What can we learn from the French experience? [Document de Travail, n. 1804], CEPREMAP, Paris. Récupéré de : <http://www.cepremap.fr/depot/2018/09/docweb1804.pdf>

Gautier, E., Roux, S., & Suarez Castillo, M. (2018). Le rôle des accords collectifs sur la dynamique des salaires. In INSEE. Emploi, chômage, revenus du travail (édition 2018, pp. 27- 38). Paris: Institut National de la Statistique et des Études Économiques. Récupéré de: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3573723?sommaire=3573876>

Gazier, B., Picart, C., & Minni, C. (2016). La diversité des formes d'emploi. [Rapport Cnis n. 142], Conseil National de l'Information Statistique, Paris. Récupéré de: https://www.cnis.fr/wpcontent/uploads/2017/10/DPR_2016_1re_reunion_COM_emploi_rapport_formes_emploi.pdf

Gazier B., Petit H., Economie du travail et de l'emploi, La Découverte, collection Grands Repères Manuels, 2019.

Godin R., La guerre sociale en France, aux sources économiques de la démocratie autoritaire, La Découverte, 2019.

Heyer E., Lokiec P., Méda D., Une autre voie est possible, le modèle social français n'est pas mort, Flammarion, 2018.

Husson M., Créer des emplois en baissant les salaires ?, Editions du Croquant, 2015.

Jauneau, Y., & Vidalenc, J. (2019a). Les salariés en contrat court : des allers-retours plus fréquents entre emploi, chômage et inactivité. [Insee Première, n. 1736], Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Paris. Récupéré de : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3712196>

Jauneau, Y., & Vidalenc, J. (2019b). Une photographie du marché du travail en 2018. [Insee Première, n. 1740], Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Paris. Récupéré de : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3741241?sommaire=3900836>

Jolly, C., & Flamand, J. (2017). Salarié ou indépendant : une question de métier ? [Note d'Analyse, n. 60], France Stratégie, Paris. Récupéré de : <https://www.strategie.gouv.fr/publications/salarie-independant-une-question-de-metiers>

Koléda, G. (2015). Allègements du coût du travail. Pour une voie favorable à la compétitivité française. Paris : La fabrique de l'industrie.

Lefebvre A., Macron le Suédois, Presses universitaires de France, 2018.

Légé P., Production et légitimation d'une réforme, le « projet de loi Travail », Editions du Croquant, savoir / agir, 2019.

L'Horty, Y., Martin, P., & Mayer, T. (2019). Baisse de charges : stop ou encore ? Les Notes du Conseil d'Analyse Économique, 49(1), 1-12. doi :10.3917/ncae.049.0001

Liégey, M. (2009). L'ajustement de l'emploi dans la crise : la flexibilité sans la mobilité ? [La Note de Veille, n. 156], Conseil d'Analyse Stratégique, Paris. Récupéré de : http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0065/Temis-0065094/Note_du_CAS_156.pdf

Lokiec, P., Leclerc, O., Hernández, A. G., & Rémy, P. (2013). Regards sur l'ANI du 11 janvier 2013. Revue de Droit du Travail, 2013(3), 162-223.

Lyon-Caen, A. (Ed.) (2017) La réforme du Code du travail. Ordonnances du 22 septembre 2017. Revue de Droit du Travail, 2017(10), 577-662.

Milin, K. (2018). CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ? [DARES Analyses, n. 026], Ministère du Travail, Paris. Récupéré de : <https://dares.travailemploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/etudes-et-syntheses/dares-analyses-dares-indicateursdares-resultats/article/cdd-cdi-comment-evoluent-les-embauches-et-les-ruptures-depuis-25-ans>

Noiriel G., Une histoire populaire de la France, de la guerre de Cent Ans à nos jours, Editions Agone, 2018.

Paraire, X. (2015). Plus d'un tiers des CDI sont rompus avant un an. [DARES Analyses, n. 005], Ministère du Travail, Paris. Récupéré de: <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2015-005.pdf>

Picart, C. (2014). Une rotation de la main-d'œuvre presque quintuplée en 30 ans: plus qu'un essor des formes particulières d'emploi, un profond changement de leur usage. In INSEE. Emploi et salaires (édition 2014, pp. 29-45). Paris: Institut National de la Statistique et des Études Économiques. Récupéré de: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1373547?sommaire=1373556>

Picart, C. (2017). Trois segments pour mieux décrire le marché du travail. In INSEE. Emploi, chômage, revenus du travail (édition 2017, pp. 61-75). Paris: Institut National de la Statistique et des Études Économiques. Récupéré de: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2891709?sommaire=2891780>

Porta J.,

Ramaux C., Emploi : éloge de la stabilité. L'Etat social contre la flexicurité, Fayard – Mille et une nuits, 2006.

Ramaux C., L'Etat social. Pour sortir du chaos néolibéral, Fayard – Mille et une nuits, 2012.

Rigaudiat J., Le nouvel ordre prolétaire. Le modèle social français face à l'insécurité économique, éditions autrement, 2007.

Willemez L., Le droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels, Editions du Croquant, 2006.

Willemez L., Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017), Editions LGDJ, collection Contextes, 2017.