

## Les institutions de la flexicurité

*Yves CHASSARD<sup>1</sup> et Jean-Yves KERBOURC'H<sup>2</sup>*

---

Pour comprendre les enjeux français de la flexicurité, il faut repartir de la stratégie dite de Lisbonne élaborée par les dirigeants européens en mars 2000, simplifiée et relancée en 2005<sup>3</sup>, qui comporte un certain nombre de lignes directrices dans le domaine de l'emploi et notamment l'objectif suivant : « favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et réduire la segmentation du marché du travail, en tenant dûment compte du rôle des partenaires sociaux ».

Favoriser la flexibilité ? La France ne peut guère faire mieux tant sont élevés les taux de recours au contrat à durée déterminée et à l'intérim, ainsi que l'atteste le fait que les entrées à Pôle emploi sont liées en majorité à ces fins de contrats. La sécurité de l'emploi ? L'OCDE reproche à la France la rigueur de sa législation protectrice de l'emploi (OCDE, 2004 ; Venn, 2009). Le rôle des partenaires sociaux ? Il ne cesse de croître. Qu'il s'agisse du temps de travail, de l'emploi ou de la formation, on ne compte plus les dispositions récentes qui font référence à une convention ou un accord collectif de travail pour organiser tel ou tel aspect des relations de travail. Au demeurant l'article L.1 du Code du travail prévoit que « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation »<sup>4</sup>.

---

1. Conseiller au Conseil d'analyse économique.

2. Professeur à l'université de Haute-Alsace.

3. Conseil de l'Union européenne, *Décision du 12 juillet 2005 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des Etats membres*, 2005/600/C.

4. Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, art. 1.

Le problème est qu'en France cette combinaison entre flexibilité et sécurité s'opère au prix d'une forte segmentation du marché du travail. Le marché du travail français se caractérise en effet par la coexistence d'une frange de salariés en CDI dont l'ancienneté moyenne est, au-delà des fluctuations conjoncturelles, assez stable dans le temps, (CERC, 2005) et d'une masse de salariés précaires, en CDD ou intérimaires, que les entreprises et les administrations utilisent comme variable d'ajustement pour absorber les chocs conjoncturels. En présence d'une différence importante de protection de l'emploi entre contrats temporaires et contrats stables, les employeurs sont incités à opter pour une politique de rotation des personnes en contrat temporaire sur un même poste, plutôt qu'à la transformation de ces contrats temporaires en contrats stables.

La manière dont l'ajustement de l'emploi s'est opéré en réponse à la crise qui sévit depuis le début 2008 témoigne de façon spectaculaire de cette dichotomie. Les mécanismes de flexibilité interne et externe ont joué à plein, principalement le chômage partiel et l'intérim. L'emploi intérimaire s'est très fortement contracté au point de représenter 53 % (231 000 sur 437 000) des emplois détruits entre le 1<sup>er</sup> avril 2008 et le 30 juin 2009. Plus d'un poste d'intérimaire sur trois a disparu au cours de la période. Ce sont les jeunes qui ont pâti en priorité de ce mode d'ajustement. Entre le premier trimestre 2008 et le deuxième trimestre 2009, le nombre de chômeurs au sens du BIT a augmenté de 608 000 personnes en France métropolitaine. Près du tiers de cette augmentation (196 000) concerne les jeunes de moins de 25 ans alors que ceux-ci ne constituent que 10 % environ de la population active. De plus, moins souvent indemnisés car n'ayant pas suffisamment travaillé pour ouvrir des droits à l'assurance-chômage, les jeunes sont les plus exposés au risque de pauvreté.

Ce dualisme est d'autant plus dommageable que, pour les débutants, les contrats temporaires (CDD ou intérim) débouchent désormais moins souvent qu'auparavant sur un CDI. Un tiers seulement des salariés en CDD sont en CDI un an plus tard (Conseil d'orientation pour l'emploi, 2009:17-25). Les autres y parviennent-ils par la suite ? La proportion de personnes restées trois années de suite dans des situations alternées de chômage ou d'emploi précaire est passée de 4 % en 1982 à 10 % en 2000 ; 5 % des personnes âgées de 30 à 49 ans resteraient confinées entre emploi instable et non-emploi. Ainsi, cette segmentation du marché du travail n'empêche pas l'existence d'un chômage de longue durée plus important que chez beaucoup de nos voisins. En 2007, soit avant la crise actuelle, 3,3 % de la population active étaient au chômage depuis plus d'un an en France contre 2,8 % en moyenne dans l'UE 15, 3,8 % en Belgique et en Allemagne, mais 0,6 % au Danemark, 0,8 % en Suède, 1,3 % aux Pays-Bas comme au Royaume-Uni, 1,6 % en Finlande.

Bref, ce dualisme a un coût social élevé doublé d'un coût économique, par le gâchis de compétences qu'il entraîne. Les emplois peu qualifiés, en particulier ceux qui sont pourvus sous contrat à durée déterminée ou en intérim, offrent généralement des conditions de travail très dures (Caroli, Gautié, 2009). L'effort de formation continue est inégalement réparti et profite davantage à ceux qui jouissent déjà d'une formation initiale de qualité : les adultes diplômés sous contrat à durée indéterminée sont privilégiés par rapport aux travailleurs seniors, aux moins qualifiés et aux titulaires de contrat à durée déterminée. De plus, la formation professionnelle continue vise essentiellement l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Elle est conçue pour les besoins de l'entreprise et non pour stimuler la carrière des intéressés. Les formations qualifiantes sont peu répandues et très peu nombreux sont les actifs qui obtiennent un diplôme en cours de carrière (Dayan, 2009). Les reconversions se font dans la douleur et donnent lieu à des périodes de chômage qui influent négativement sur le niveau de rémunération.

C'est précisément l'inverse que recherche le paradigme de la flexicurité (Commission européenne, 2006)<sup>5</sup>. Il vise à parvenir à un marché du travail plus équitable, qui tende à mieux intégrer l'ensemble des travailleurs tout en contribuant à rendre l'économie plus compétitive. Il tente de rechercher la façon dont des relations contractuelles plus souples et fiables assorties de droits pour les travailleurs pourraient favoriser la création d'emplois et promouvoir de meilleures transitions sur le marché du travail.

Cet article se propose de réfléchir aux institutions qu'il faudrait mettre en place en France pour y implanter ce modèle de la flexicurité. Par « institutions », nous entendons aussi bien l'ensemble des lois, des règles et des normes qui interfèrent avec le jeu de l'offre et de la demande sur le marché du travail (soit la définition qu'en donnent les économistes) que les institutions au sens courant du terme, organismes publics, paritaires ou privés, généralement dotés d'une personnalité morale, qui agissent directement ou indirectement sur le marché du travail pour en faciliter le fonctionnement. Nous examinons dans un premier temps les différentes pistes qui ont pu être empruntées ou suggérées ces dernières années pour introduire le modèle de la flexicurité dans la relation salariale, puis nous analysons quelles institutions sur le marché du travail pourraient permettre l'exercice effectif d'un droit à l'employabilité. Nous nous interrogeons en conclusion sur la gouvernance de ces institutions et soulignons le rôle clé des partenaires sociaux à cet égard.

---

5. Voir aussi Commission européenne (2007).

## **I. La flexicurité dans la relation salariale : fausses pistes, demi-réussites, espoirs déçus**

Plusieurs procédés ont été suggérés ou mis en place pour instaurer une flexicurité dans la relation salariale. Un courant de pensée défend ainsi l'idée qu'il faudrait remplacer la réglementation du licenciement par des incitations sous forme de taxes. De leur côté, la Cour de cassation et le législateur ont mis à la charge de l'employeur des obligations d'adaptation, de formation et de reclassement puis ont reconnu aux salariés un droit au maintien de leur capacité à occuper un emploi. Parallèlement le législateur obligeait les plus grandes entreprises à élaborer des plans de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ces procédés n'ont pas eu l'effet escompté. Il nous semble que l'objectif pourrait être mieux atteint si les pratiques de GRH des entreprises étaient plus professionnelles et utilisaient davantage les instruments qui sont déjà à leur disposition.

### ***1.1. Une illusion : remplacer les règles par des incitations***

Un débat oppose économistes et juristes sur les rôles respectifs des règles et des incitations, les premiers attribuant à des règles trop contraignantes la responsabilité de ce dualisme du marché du travail et proposant de leur substituer des incitations. Nous pensons i) qu'en matière de rupture du contrat de travail, les incitations ne produisent pas toujours l'effet escompté, ii) que dans bien des cas l'opposition entre règles et incitations n'est pas aussi tranchée, par exemple lorsque le législateur prévoit des pénalités financières fixées *a priori* en cas de non-respect de la règle et iii) qu'un chef d'entreprise n'est pas seulement un agent économique mais aussi le détenteur d'un pouvoir, que le droit du travail a précisément pour fonction d'encadrer.

Un certain nombre d'économistes ont dénoncé le fait qu'en matière de licenciement, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier sa cause réelle et sérieuse, les règles sur lesquelles s'appuient les juges sont le plus souvent floues et sujettes à interprétation (Cahuc, 2003 ; Blanchard, Tirole, 2003<sup>6</sup>). Ils suggèrent de remplacer les normes gouvernant la rupture du contrat de travail par des mécanismes d'incitation, supposés plus précis et rigoureux. L'avantage de la taxe par rapport à la réglementation, argumentent-ils, est que cette dernière est souvent trop complexe et procédurale alors que la rationalité économique des employeurs, si elle est correctement guidée par des mécanismes d'incitation appropriés, devrait conduire au bon résultat collectif. Les auteurs préconisent donc de taxer les licenciements et de supprimer en contrepartie le contrôle judiciaire sur les licenciements économiques ainsi que l'obligation de reclassement.

6. Voir aussi dans le même rapport le commentaire de Jacques Freyssinet.

La même idée, exprimée sous une autre forme, conduit Blanchard et Tirole à proposer de responsabiliser les entreprises par rapport au coût social de leurs décisions de licencier ou d’user d’une main-d’œuvre précaire, en rendant les contributions des entreprises proportionnelles aux dépenses de l’assurance chômage des salariés dont elles se séparent ou plus simplement au nombre de licenciements qu’elles effectuent – la deuxième solution diminuant les risques de discrimination au moment de l’embauche.

Reprenant les préconisations de Cahuc et Kramarz (2004), le Conseil d’orientation pour l’emploi a évoqué dans son rapport sur la sécurisation des parcours professionnels un système adoptant une logique de bonus-malus pesant sur toutes les fins de contrat, y compris de CDD et de missions d’intérim (Conseil d’orientation pour l’emploi, 2007:90 et suiv.) : le taux serait faible et pourrait être réduit lorsque le salarié a bénéficié d’une bonne employabilité résultant de formations qualifiantes et d’une gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Il devrait être calculé sur l’ensemble des rémunérations perçues par le salarié dans l’entreprise (car plus l’ancienneté est forte, plus le reclassement peut être difficile), mais pourrait être dégressif pour inciter l’entreprise à conserver ses salariés plus longtemps. Il devrait s’accompagner d’une plus grande sécurisation juridique des licenciements : encadrement de l’intervention judiciaire sur les motifs de licenciement, définition limitative des obligations de l’entreprise.

Les opposants à cette thèse avancent plusieurs arguments. Certains, tel François Eymard-Duvernay, doutent que la théorie économique puisse prendre en compte les normes de coopération qui fondent la société (Eymard-Duvernay, 2004a) <sup>7</sup>. Il conteste que la rationalité individuelle des agents puisse générer cette coopération, et par contrecoup la performance des entreprises, mais juge que cette coopération est bien un préalable à l’activité économique et non un résultat du marché. La législation – en l’espèce le Code du travail – énonce les droits conférés aux différents agents en vertu des normes qui fondent leur coopération au sein de l’activité économique et ne peut donc être remplacée par des incitations.

D’autres (ou les mêmes), constatant qu’il faut constamment créer de nouveaux mécanismes pour compenser les effets pervers des premiers, mettent en doute leur opérationnalité. Taxer les licenciements risque d’induire une discrimination à l’encontre des salariés qui présentent les risques de chômage les plus élevés. Comme l’a écrit Eymard-Duvernay, « les systèmes d’incitation fuient de toutes parts : des agents hyper rationnels, comme les aiment les économistes, trouvent toujours des biais pour les utiliser d’une façon qui est loin d’aller dans le sens de l’intérêt collectif » (Eymard-Duvernay, 2004:814). L’exemple de la contribution Delalande est là pour en témoigner. Introduite en 1987 à la suite de la suppression de

7. Voir aussi Gautié (2005) et (2009) ; voir notamment le chapitre III, p. 82-83.

l'autorisation administrative de licenciement, elle imposait aux entreprises de verser à l'UNEDIC un ou plusieurs mois de salaire pour le licenciement d'un salarié de plus de 55 ans. Devant le constat que cette taxe pénalisait l'embauche des salariés entre 50 et 55 ans, son champ d'exonération a connu de nombreuses extensions jusqu'à sa suppression pure et simple le 1<sup>er</sup> janvier 2008 <sup>8</sup>.

Un troisième argument consiste à prédire que le contentieux resurgira inévitablement sur d'autres aspects, comme en témoigne la place tenue par la législation anti-discrimination aux USA, pays où les licenciements sont faciles (Gaudu, 2005).

Enfin, le principal obstacle juridique à la mise en œuvre de cette substitution tient, sans doute, à l'exigence d'un motif valable pour licencier qui résulte de la convention 158 de l'Organisation internationale du travail, sur le licenciement, ratifiée en 1989 par la France. L'article 4 de la convention 158 de l'OIT précise en effet : « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. » <sup>9</sup> Le 29 mars 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que les stipulations de la convention 158 étaient d'application directe devant les juridictions nationales <sup>10</sup>.

Est-ce à dire que toute incitation faite aux employeurs serait inefficace, voire nuisible aux salariés ? Ce serait excessif car le législateur, en fixant le montant des pénalités financières en cas de non-respect d'une obligation, ne s'est d'ores et déjà pas privé d'instituer de fait une substitution entre l'imposition d'une contrainte et l'imposition d'un prélèvement. C'est ainsi que la loi du 10 juillet 1987 a voulu favoriser l'accès des travailleurs handicapés à l'emploi en milieu ordinaire. Elle oblige les entreprises d'au moins 20 salariés à employer une proportion de travailleurs handicapés à hauteur de 6 % de leur effectif. Pour remplir son obligation d'emploi, l'employeur dispose de plusieurs possibilités, dont notamment une solution consistant à verser une contribution annuelle à l'AGEFIPH <sup>11</sup>. La loi du 11 février 2005 a relevé cette contribution pour les entreprises qui n'atteignent pas le quota de 6 % en fixant celle-ci à compter de 2010 à 1 500 fois le SMIC horaire, quel que soit l'effectif de son entreprise (contre de 400 à 600 fois actuellement selon la taille de l'entreprise). De même certaines entreprises sont soumises, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, à une pénalité lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des sala-

8. Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006.

9. L'article 8 de cette même convention énonce que « Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre ».

10. Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, Bull. civ. 2006, V, n° 131, p. 127.

11. AGEFIPH : Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées.

riés âgés <sup>12</sup>. Le montant de cette pénalité est fixé à 1 % des rémunérations versées aux travailleurs salariés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action.

Une autre déclinaison est celle dite de la « conditionnalité » des droits, qui consiste à conditionner un avantage à l'accomplissement d'un acte positif, voire à une obligation de s'abstenir, par exemple ne pas avoir procédé à un licenciement avant de solliciter une aide à l'emploi. Il existe ainsi une conditionnalité des allègements de certaines cotisations de sécurité sociale. Pour inciter les entreprises et les branches à engager les négociations annuelles obligatoires sur les salaires, l'article 26 de la loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail prévoit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 que les entreprises qui n'engagent pas les négociations annuelles obligatoires (NAO) sur les salaires sont soumises à une réduction de 10 % du montant des allègements de cotisations sociales patronales. Lorsqu'une entreprise ne respecte pas, pour la troisième année consécutive, l'obligation annuelle de négocier, le bénéfice de l'allègement est intégralement supprimé.

Dans le même ordre d'idées, l'article 27 de la même loi a prévu de réduire les allègements généraux de cotisations sociales en retenant comme référence non plus le SMIC mais « le salaire minimum national professionnel des salariés sans qualification applicable dans l'entreprise (...) dans la limite du montant du salaire minimum de croissance applicable ». Ceci a pour effet de diminuer le montant de l'allègement des entreprises appartenant à une branche dans laquelle les minima conventionnels sont inférieurs au SMIC. Toutes les entreprises appartenant à la branche sont ainsi pénalisées, le législateur tablant sur le fait que celles-ci feront pression sur les négociateurs de branche pour que soient relevés, au moins au niveau du SMIC, les minima de branche et au-delà les minima correspondant à des qualifications plus élevées.

Tout n'est donc pas à rejeter dans cette idée mais la taxe ne devrait pas remplacer la règle, plutôt la compléter. Car, comme l'écrit Marie-Laure Morin (2009:160), « En droit du travail, les décisions du chef d'entreprise ne sont pas appréhendées comme des décisions d'un agent économique sur le marché, mais comme l'expression d'un pouvoir. Ce pouvoir résulte pour une part du lien de subordination né du contrat de travail. (...) Comme tout pouvoir, celui-ci a des limites. »

### ***1.2. Une demi-réussite : obliger l'entreprise à maintenir la capacité du salarié à occuper un emploi***

Le législateur et la Cour de cassation ont considérablement élargi le champ de la responsabilité contractuelle de l'employeur. Cette responsabilité,

12. Code de la Sécurité sociale, art. L. 138-24.

fondée par la Cour de cassation sur l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, met à la charge de l'employeur une obligation d'adaptation et de reclassement préalable à un licenciement pour motif économique. Le législateur a par la suite codifié cette responsabilité : « Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »<sup>13</sup>. Le manquement à cette obligation ôte au licenciement toute cause réelle et sérieuse, ce qui permet au salarié d'être indemnisé en conséquence.

#### Encadré 1

### Deux arrêts majeurs de la Cour de Cassation

Dans ses arrêts du 11 janvier 2006 (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 04-46.201, Ains c/ SA Les Pages Jaunes ; n° 05-40.976, SA Les Pages Jaunes c/ Marque ; n° 05-40.977, SA Les Pages Jaunes c/ Delporte), la Cour de Cassation a dit pour droit i) que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; ii) que répond à ce critère une réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir liées à des évolutions technologiques et à leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.

Dans un arrêt du 23 octobre 2007 (Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950, Syndicat professionnel Union Des Opticiens c/ Soulies et Pauleau), constatant que deux salariées, licenciées après respectivement 22 et 12 ans passés dans leur entreprise, n'avaient bénéficié que d'un stage de formation continue de trois jours, la Cour en a déduit qu'au regard de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariées à leur poste de travail et de veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, cette carence établissait un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail. Elle a jugé en outre que ce manquement causait un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du contrat, du fait des difficultés que subissent sur le marché du travail les salariés qui n'ont pas bénéficié d'une adaptation à l'évolution de leur emploi et se trouvent ainsi privés de leur capacité à retrouver un emploi correspondant à « l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ». Ce second arrêt a donc posé un principe général : l'employeur est tenu non seulement de ne rompre le contrat de travail que pour une cause réelle et sérieuse, mais encore de veiller, au cours de l'exécution du contrat, au maintien de « l'employabilité » du salarié<sup>1</sup>.

1. Nous tenons ici (et dans la suite du texte) pour équivalents les termes « employabilité » et « capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations », pour reprendre le libellé de l'article L. 6321-1 du Code du travail ; voir Chassard et Bosco (1998:903-911).

13. C. trav., art. L. 1233-4.

Le législateur a ensuite érigé en obligation générale l'adaptation et le maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations »<sup>14</sup>.

Sans préjudice de l'application de ces deux textes, la Cour de cassation juge désormais, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'employeur, que le fait de ne pas assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail et de ne pas veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi établit un manquement dans l'exécution du contrat de travail entraînant un dommage distinct de celui résultant de sa rupture<sup>15</sup>. Le non-respect de cette obligation ouvre alors droit à réparation.

Le constat a déjà été fait que l'obligation d'adaptation préalable au licenciement pour motif économique est peu efficace car, si tant est qu'elle soit exécutée, elle arrive le plus souvent trop tardivement (Kerbourc'h, 2007:25-38). Il y a lieu de craindre que l'obligation générale d'adapter le salarié à son poste de travail et de veiller au maintien de sa capacité à occuper un emploi, qu'il s'agisse de l'obligation légale (C. trav., art. L. 6321-1) ou contractuelle (arrêt du 23 octobre 2007), ne soit guère plus efficace. Au demeurant, très peu d'employeurs connaissent ces deux obligations. Elles constituent pourtant des avancées importantes car tous les salariés en sont créanciers. Ils sont fondés à en réclamer le bénéfice pendant l'exécution du contrat de travail, quelle que soit la nature de celui-ci (CDD ou CDI) et quel que soit le motif de la rupture du contrat s'ils décident de demander réparation à ce moment précis (économique, personnel, échéance du terme d'un CDD).

Le défi consiste aujourd'hui à parvenir à consolider la prise en charge de ces salariés en CDD en imaginant des modes de reclassement appropriés, des adaptations et des obligations de formation. De tels efforts devraient être soutenus par les politiques publiques de l'emploi. Ils contribueraient à une meilleure fluidité entre le CDD et le CDI et iraient dans le sens du redéploiement des compétences des salariés dans un marché du travail moins segmenté.

En définitive, l'affirmation d'une obligation d'adaptation et de veille au maintien de la capacité du salarié à occuper un emploi nous semble particulièrement opportune. Elle laisse pourtant la désagréable impression que le travail législatif s'est construit par strates et qu'il est inachevé. Il manque encore un volet coercitif vraiment dissuasif et des accompagnements et incitations qui donneraient à ces obligations une impulsion décisive.

14. C. trav., art. L. 6321-1.

15. Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950, *Droit social* 2008, p. 126, note J. Savatier ; voir aussi Maggi-Germain (2009:1234-1245).

### **1.3. Une déception : la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)**

Il en est de même pour la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, dont la pratique est dévoyée. Celle-ci doit être mise en regard des obligations d'adaptation, de formation, de reclassement et de maintien de la capacité des salariés à occuper un emploi, car elle en est en quelque sorte le gouvernail. C'est une norme de bonne pratique (Duclos, 2008:41-68), car c'est en anticipant l'évolution des emplois et des compétences que l'employeur pourra orienter la formation, l'adaptation, le reclassement et la capacité d'occuper un emploi.

On sait que le Code du travail prévoit que dans les grandes entreprises<sup>16</sup> l'employeur doit engager tous les trois ans une négociation portant obligatoirement sur deux sujets<sup>17</sup>. Il s'agit en premier lieu des modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires. Lorsqu'elle aboutit, cette négociation donne sur ces questions une plus grande intelligibilité au comité d'entreprise. Mais aucune précision n'ayant été apportée sur la notion de stratégie, il faut que les négociateurs sachent pertinemment la circonscrire au regard des objectifs recherchés : stratégie commerciale, organisation, développement, évolution des marchés, etc. Les négociateurs doivent ensuite imaginer contradictoirement comment sera tissé le lien entre cette stratégie et ses effets sur l'emploi et les salaires, puisque le comité d'entreprise est censé donner son avis sur ces effets. Or un tel lien n'est nullement évident à construire, même pour l'employeur alors que c'est là que réside l'intérêt de la GPEC.

Une fois ce lien établi, les partenaires sociaux doivent en second lieu négocier sur la mise en place du dispositif proprement dit de « gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ». La loi ne précise pas si la négociation porte uniquement sur la mise en place du dispositif (son opportunité) ou si elle doit aller jusqu'au contenu de celui-ci. A notre avis, le contenu même du dispositif devrait être négocié dans la mesure où la loi impose également une négociation sur les mesures d'accompagnement susceptibles d'être associées à la GPEC, « en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ».

En fait, le législateur qui avait fait de la GPEC un instrument visant à entretenir et à faire évoluer les compétences dans le but de maintenir la relation contractuelle qui unit l'employeur au salarié (et peut-être aussi de

16. Entreprises et groupes d'entreprises d'au moins 300 salariés, entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France.

17. C. trav., art. L. 2242-15.

favoriser l'adaptation de la main-d'œuvre aux marchés de l'entreprise) l'a très vite transformée en un dispositif qui, à l'inverse, permet de faciliter sa rupture par le biais d'une autre négociation qui lui est associée, négociation certes facultative mais susceptible de servir les intérêts à court terme de l'entreprise.

En effet, à l'image des poupées russes la loi prévoit que la négociation sur la GPEC peut porter aussi sur les accords de méthode des articles L. 1233-21 et L. 1233-22 du Code du travail<sup>18</sup>. Autrement dit, la négociation d'un accord de GPEC peut être l'occasion de conclure dans le même instrument des dispositions qui, par dérogation aux dispositions du Code du travail, fixent les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise qui seront applicables lorsque l'employeur envisagera de prononcer le licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours. Selon l'administration du Travail « une telle solution doit être encouragée »<sup>19</sup> !

En outre, l'accord de GPEC peut porter « sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques »<sup>20</sup>. Pour encourager le départ des salariés concernés, la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007<sup>21</sup> exonère de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu, dans la limite de quatre fois le plafond annuel de la Sécurité sociale, les indemnités de départ volontaire versées aux salariés dans le cadre d'un accord de GPEC. Il est vrai que, pour bénéficier de cette aubaine, le salarié doit avoir retrouvé « un emploi stable à la date de la rupture de son contrat de travail ». Il faut par ailleurs que l'autorité administrative ne se soit pas opposée à la qualification d'emplois menacés retenue par l'accord collectif, qu'un comité de suivi ait été mis en place par l'accord collectif et que ce comité ait reconnu la stabilité de l'emploi de reclassement<sup>22</sup>. Ce dispositif ressemble beaucoup aux reclassements externes des plans de sauvegarde de l'emploi, les indemnités versées dans ce cadre bénéficiant des mêmes avantages pécuniaires, notamment en cas de rupture conventionnelle à l'occasion d'un licenciement pour motif économique.

Enfin, l'article 48-I de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 prévoit qu'un congé de mobilité peut être proposé au salarié par l'employeur qui a conclu un accord collectif relatif à la GPEC<sup>23</sup>. Le congé de mobilité est pris par le salarié pendant le préavis qu'il est dispensé d'exécuter, donc avant la rupture du contrat, et à condition qu'il appartienne à une entreprise d'au moins 1 000 salariés. Ce congé lui permet d'accomplir des périodes

18. C. trav., art. L. 2242-16, 1°.

19. Circ. DGEFP-DRT 2005-47, 30 déc. 2005, fiche 2, n° 1, BOMT 2006/2, 28 févr. 2006.

20. C. trav., art. L. 2242-16, 2°.

21. Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, art. 16.

22. C. trav., art. L. 2242-17.

23. C. trav., art. L. 1233-77.

de travail <sup>24</sup>, soit sous contrat à durée déterminée, soit sous contrat à durée indéterminée (à l'image du contrat de transition professionnelle).

Dans un tel contexte d'emboîtement des dispositifs, il n'est pas étonnant que se soit posée la question de l'articulation entre la négociation de la GPEC et une procédure de licenciement pour motif économique : l'employeur doit-il avoir engagé une négociation avant de procéder à l'information-consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement économique ? Dans un arrêt du 30 septembre 2009, la Cour de cassation a répondu négativement à cette question <sup>25</sup>. Mais il a été jugé qu'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être établi lorsque l'accord de GPEC, bien qu'ayant été conclu, n'a pas été exécuté par l'employeur <sup>26</sup>.

Observons en outre que la plupart des entreprises françaises ont un effectif inférieur à 300 salariés et qu'elles ne sont pas soumises à l'obligation de négocier la GPEC. De plus il est à craindre que les efforts faits en matière de GPEC ne soient ruinés par la possibilité désormais offerte aux entreprises de rompre conventionnellement le contrat de travail avec homologation de l'administration du travail <sup>27</sup>. Cette rupture absorbe en fait, sinon en droit, tout le contentieux de l'adaptation, du reclassement et de l'obligation de maintenir la capacité du salarié à occuper un emploi. Au surplus, les accords de GPEC ne portent le plus souvent que sur l'avenir des titulaires de contrats à durée indéterminée sans aucune considération pour les salariés sous contrat précaire, qui sont pourtant ceux qui ont le plus besoin de sécuriser leur parcours.

Pour l'instant, on ne peut donc qu'être déçu des avatars de cette évolution pourtant majeure du droit du travail qui oblige l'employeur à anticiper et négocier les évolutions de l'emploi.

#### ***1.4. Un impératif : mettre en place dans l'entreprise des outils et des politiques visant à développer l'employabilité des salariés***

L'entreprise qui s'apprête à recruter un salarié ne peut pas connaître toutes les compétences acquises et les capacités potentielles du candidat qu'elle va embaucher. Elle a besoin que le candidat signale ses qualifications

24. C. trav., art. L. 1233-78.

25. « (...) la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 du Code du travail ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par l'article 2242-15 du même code » (Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 07-20.525).

26. Selon le tribunal de grande instance de Nanterre, en cas de réorganisation nécessaire de l'entreprise, mais non urgente, l'employeur ne saurait engager les procédures de consultation des représentants du personnel relatives au licenciement pour motif économique sans avoir préalablement mis en œuvre l'accord relatif à la GPEC (en l'espèce l'accord était déjà négocié mais n'avait pas été appliqué) dès lors que, selon les termes de cet accord, les partenaires sociaux ont entendu subordonner l'application de ces procédures à la défaillance de la GPEC (TGI Nanterre réf., 5 sept. 2006 n° 06/01923, Comité central d'entreprise de l'UES Cap Gémini et a. c/ SA Cap Gémini, RJS 2007, n° 37).

27. C. trav., art. L. 1237-11 et s.

et ses compétences, au-delà de la simple information sur le diplôme et la carrière professionnelle. Il faut ensuite faire en sorte que la personne qui a un projet de mobilité en dehors de son entreprise et l'entreprise qui cherche un candidat pour un emploi puissent effectivement se rencontrer, avec les meilleures chances d'adéquation entre le profil du candidat et les caractéristiques du poste de travail.

La promotion de mobilités actives et sécurisées sur le marché du travail demande que les entreprises professionnalisent bien davantage qu'elles ne le font aujourd'hui leurs pratiques de GRH. Une telle montée en gamme implique de rendre obligatoires de vraies définitions de poste comportant enjeux, missions, critères d'accès au poste proposé, formations préalables, critères d'évaluation annuelle et pluriannuelle et critères d'accès à des fonctions ultérieures. Chaque salarié devrait alors être incité à tenir à jour une base de données de ses réalisations.

Cependant, les pratiques de GRH fondées sur l'identification et l'attestation des compétences restent encore limitées : en 2005, seules 11 % des entreprises de 20 salariés et plus (couvrant 18 % des salariés), essentiellement les plus grandes, mettaient en œuvre des entretiens individuels ayant un impact sur l'accès à la formation et les parcours ultérieurs. La moitié seulement de ces entreprises utilisent pour cela des référentiels permettant de positionner le salarié. Cette faible diffusion du modèle de gestion par les compétences provient du fait que ce type de système ne semble fonctionner qu'en lien avec une organisation du travail favorisant l'autonomie apprenante des salariés, modèle moins développé en France que chez nos voisins européens (Colin, Grasser, 2007). Bien souvent les DRH ont pour mission essentielle de détecter et de former les « hauts potentiels » et de gérer les relations sociales au mieux des intérêts de l'entreprise. Il y a là un chantier majeur pour les entreprises comme pour les politiques de l'emploi.

Le projet d'accord interprofessionnel sur la GPEC soumis à la signature des partenaires sociaux le 14 novembre 2008 prévoyait l'instauration d'un « bilan d'étape professionnel », repris de l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Ce bilan était destiné à inventorier de manière prospective et à périodicité régulière les compétences des salariés. L'idée était de prévoir une procédure intermédiaire entre le bilan de compétences et l'entretien annuel entre le salarié et son supérieur hiérarchique direct. Le premier n'implique pas, en effet, de façon explicite la hiérarchie de l'entreprise et ne comporte aucune attestation par l'entreprise des compétences des salariés. Le second échappe difficilement aux limites du face à face entre un supérieur hiérarchique et son subordonné ; en outre, son objet est d'évaluer les performances du salarié et le retour sur les compétences mobilisées à cet effet est le plus souvent effectué « en

creux » : quels sont les manques, les insuffisances qu'il convient de pallier ? Il est inopérant pour signaler, *a fortiori* pour attester, les compétences mises en œuvre par le salarié dans l'exercice de son activité.

L'ANI du 14 novembre 2008 sur la GPEC définit le bilan d'étape professionnel comme une « nouvelle prestation, simple et destinée à inventorier de manière prospective et à périodicité régulière les compétences des salariés ». Mais la CGT, la CGT-FO et la CFTC ont exercé leur droit d'opposition majoritaire et bloqué un avenant du 3 mars 2009 qui en définissait les modalités. Les confédérations syndicales exprimaient des craintes sur le devenir du bilan de compétences et ne souhaitaient pas que ce soit le supérieur hiérarchique qui réalise ce bilan d'étape. La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie renvoie à un accord national interprofessionnel le soin de déterminer les conditions d'application du bilan d'étape professionnel<sup>28</sup>. Il est urgent que les négociations entre partenaires sociaux reprennent et aboutissent sur ce point, en précisant notamment les règles de bonne conduite permettant d'éviter qu'il ne dégénère en mesure coercitive ou stigmatisante.

Il sera également important de mieux faire vivre le droit individuel à la formation (DIF) qui devrait s'inscrire pleinement dans les politiques de flexicurité. L'un des enjeux est en effet de savoir si « le DIF se construit avant tout comme un droit – sur la mise en œuvre duquel les organisations syndicales doivent peser (demander un contrôle et des garanties sur les conditions de sa mise en œuvre) – ou s'il constitue la contribution du salarié à la politique de formation de l'entreprise » (Amnyos Consultants, 2007:21 s.).

Si l'on considère que le DIF est un droit d'initiative du salarié à la formation, il faudrait non seulement veiller à ce qu'il permette effectivement au salarié d'accroître sa propre « compétitivité » sur le marché de l'emploi (et pas seulement celle de l'entreprise qui l'emploie), mais aussi à faire appliquer le principe de la « portabilité » de ce droit que la loi du 24 novembre 2009 vient de renforcer<sup>29</sup> et sur laquelle il existe désormais une obligation triennale de négocier au niveau de la branche ou à défaut de l'entreprise<sup>30</sup>.

28. Article 12 de la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

« Art. L. 6315-1. – A l'occasion de son embauche, le salarié est informé que, dès lors qu'il dispose de deux ans d'ancienneté dans la même entreprise, il bénéficie à sa demande d'un bilan d'étape professionnel. Toujours à sa demande, ce bilan peut être renouvelé tous les cinq ans. « Le bilan d'étape professionnel a pour objet, à partir d'un diagnostic réalisé en commun par le salarié et son employeur, de permettre au salarié d'évaluer ses capacités professionnelles et ses compétences et à son employeur de déterminer les objectifs de formation du salarié. « Un accord national interprofessionnel étendu détermine les conditions d'application du bilan d'étape professionnel (...). »

29. C. trav., art. L. 6323-17 s.

30. C. trav., art. L. 2241-6.

## Encadré 2

**Le bilan d'étape professionnel**

Le bilan d'étape professionnel « doit permettre aux salariés de disposer d'un état de leurs compétences professionnelles » ; il doit en même temps « leur permettre d'être acteurs de leur déroulement de carrière, favoriser leur engagement dans le développement de leurs compétences et leur donner des outils susceptibles de les aider dans la construction de leur parcours professionnel » et sera ouvert aux salariés qui le souhaitent tous les cinq ans, sans que l'employeur puisse s'y opposer. Par ailleurs, l'année où le bilan sera réalisé, le salarié devra envisager avec l'entreprise les moyens à mettre en œuvre, notamment en termes de formation ou de mobilité.

## **II. La flexicurité sur le marché du travail : comment permettre l'exercice effectif d'un droit à l'employabilité ?**

La période récente est marquée par une évolution majeure de notre législation qui traduit le passage d'un droit constitutionnel à l'emploi, devenu bien théorique, à un droit à l'employabilité. Ce droit à l'employabilité est multiforme. C'est un droit individuel qui prend la forme d'obligations mises à la charge de l'employeur (maintien de la capacité à occuper un emploi, obligation d'adaptation, obligation de former). C'est un droit qui se caractérise par la mise en place d'instruments de politique d'emploi et de formation (droit individuel à la formation, validation des acquis de l'expérience, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, bilan d'étape professionnel). C'est enfin un droit qui trouve écho dans des services publics (service public de l'emploi et de l'orientation tout au long de la vie) et des financements spécifiques (Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels). Le défi consiste maintenant à faire vivre ces dispositifs et à organiser leur cohérence, pour qu'ils permettent l'exercice effectif de ce droit à l'employabilité.

### **II.1. Donner à tous les actifs les moyens d'être mobiles et employables sur leur territoire : le rôle clé des maisons de l'emploi**

Un salarié, un demandeur d'emploi, un jeune sortant du système éducatif devrait pouvoir trouver un lieu qui lui fournisse i) une information sur les perspectives d'embauche par métier dans son bassin d'emploi, ii) la possibilité d'identifier les acquis de son expérience professionnelle (bilan de compétences), iii) la possibilité de s'orienter dans le maquis des certifications, iv) la possibilité de se faire accompagner pour la confection d'un éventuel dossier VAE et v) la possibilité de s'orienter vers une formation le préparant à un

nouvel emploi, ce qui suppose que ses interlocuteurs possèdent une bonne connaissance de l'offre de formation professionnelle continue.

Dans son rapport de 2005, le CERC notait déjà « une dilution des responsabilités dans un système qui ne parvient pas à hiérarchiser celles de l'Etat, des collectivités locales, des partenaires sociaux et à les faire converger » (CERC, 2005) et soulignait que le mille-feuille des compétences comporte un risque majeur pour la cohérence de l'action publique dans les domaines de l'emploi, de la formation et de l'insertion, alors même que l'enjeu du retour à l'emploi pour tous ne pourra être atteint sans articulation de l'orientation, de la formation, de l'accompagnement et du développement économique.

Les maisons de l'emploi sont apparues comme une réponse possible aux dysfonctionnements des politiques publiques au niveau local. Instituées par le plan de cohésion sociale en juin 2004, leur mission première était d'établir une gouvernance partagée des politiques de l'emploi au niveau local, afin de contrecarrer les effets de cloisonnement et de concurrence interinstitutionnelle inévitables lorsque chaque acteur territorial développe ses propres programmes pour l'emploi. La culture de projet partagé, de l'action commune et de l'autoévaluation devait être conjuguée à un développement du partenariat public-privé. Les maisons de l'emploi devaient aussi généraliser, grâce à leur mise en réseau, un certain nombre

### Encadré 3

#### **Les maisons de l'emploi**

Les maisons de l'emploi associent obligatoirement l'Etat, Pôle emploi et au moins une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale. Elles prennent la forme d'une personne morale qui peut être soit une association, soit un groupement d'intérêt public. L'article L. 5313-1 du Code du travail énonce que « Les maisons de l'emploi... concourent à la coordination des politiques publiques et du partenariat local des acteurs publics et privés qui agissent en faveur de l'emploi, de la formation, de l'insertion et du développement économique. A partir d'un diagnostic partagé, elles exercent notamment une mission d'observation de la situation de l'emploi et d'anticipation des mutations économiques.

Elles contribuent à la coordination des actions du service public de l'emploi et participent en complémentarité avec Pôle emploi, les réseaux spécialisés et les acteurs locaux dans le respect des compétences des régions et des départements :

- à l'accueil, l'information, l'orientation et l'accompagnement des personnes à la recherche d'une formation ou d'un emploi ;
- au maintien et au développement de l'activité et de l'emploi ainsi qu'à l'aide à la création et à la reprise d'entreprise. »

de bonnes pratiques rencontrées sur leurs territoires respectifs en matière d'observation, d'anticipation et de développement de l'emploi, ainsi que d'accompagnement des personnes et des entreprises.

En septembre 2007, le gouvernement annonçait le gel de la labellisation des maisons de l'emploi, dans l'attente de la fusion ANPE-ASSEDIC. 227 maisons de l'emploi avaient été labellisées au titre du plan de cohésion sociale entre juin 2005 et février 2007. Fin 2008, 217 d'entre elles avaient signé une convention de financement avec les services gouvernementaux.

En février 2008, le Parlement a adopté une nouvelle définition des maisons de l'emploi. Fin 2009, un nouveau cahier des charges a été fixé par un arrêté du secrétaire d'Etat chargé de l'emploi<sup>31</sup>. Ce nouveau cahier des charges, élaboré après consultation du Conseil national de l'emploi, a pour but de définir les missions, le fonctionnement des maisons de l'emploi, ainsi que les conditions d'évaluation de leur activité. Il permet de déterminer le cadre du conventionnement des structures et les missions qui feront l'objet d'un financement par l'Etat. Il précise que là où coexistent, sur un même territoire ou un territoire proche, une « maison de l'emploi » et un « comité de bassin d'emploi », les deux structures doivent être fusionnées. Le rapprochement des maisons de l'emploi et des plans locaux d'insertion dans l'emploi (PLIE) est par ailleurs fortement encouragé, lorsque les périmètres territoriaux sont identiques ou proches. Enfin, les coopérations opérationnelles entre les maisons de l'emploi et les missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes pourront s'organiser en fonction des réalités locales et, le cas échéant, donner lieu à des rapprochements.

Les maisons de l'emploi doivent élaborer un diagnostic territorial sur la base d'une analyse du marché du travail et des potentialités du territoire en matière d'offres et de demandes d'emploi ; elles doivent animer et coordonner les actions en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences territoriales, en commun avec les branches professionnelles sur leur ressort territorial. Ce diagnostic doit constituer la base nécessaire à la détermination d'une stratégie partagée en matière d'emploi et, *in fine*, d'un plan d'actions que les différents partenaires mettent en œuvre. Les maisons de l'emploi ont, en outre, vocation à contribuer au développement local et doivent de ce fait coordonner, animer et produire une information spécifique déjà existante au niveau local, mais éclatée entre les différents acteurs territoriaux intervenant dans le champ de la politique de l'emploi. Elles doivent participer à la coordination et à l'animation des acteurs agissant dans le champ de la mobilité sociale et professionnelle, notamment en développant les informations spécialisées et en diffusant les bonnes pratiques. Dans ce cadre, il s'agit notamment d'intervenir dans le champ de la

31. Arrêté du 21 décembre 2009 portant cahier des charges des maisons de l'emploi (JORF du 30 décembre 2009, page 22 688).

lutte contre les discriminations à l'embauche, de la lutte contre l'illettrisme, de la mobilité géographique...

Si le texte de l'arrêté du 21 décembre 2009 réaffirme que « Pôle emploi a la responsabilité générale de l'accueil, de l'orientation et de l'accompagnement des personnes à la recherche d'un emploi » et que « dans ce cadre, le positionnement des maisons de l'emploi doit s'inscrire en cohérence avec l'offre de service et l'organisation territoriale de Pôle emploi » (art. 3.2), il précise aussi que « les maisons de l'emploi peuvent développer des actions d'accueil et d'information pour répondre à des besoins locaux, tout particulièrement lorsqu'elles accueillent des sites mixtes ou des permanences assurées par Pôle emploi ».

Cette réactivation des maisons de l'emploi représente une opportunité d'installer un interlocuteur unique au niveau local face à Pôle emploi et améliorer la cohérence de l'action publique. Car, pour travailler ensemble, il faut que toutes les institutions soient en capacité non seulement de s'entendre sur des politiques communes, mais aussi de nouer des partenariats entre elles. La loi le prévoit déjà. C'est ainsi que Pôle emploi est censé agir « en collaboration avec les instances territoriales intervenant dans le domaine de l'emploi, en particulier les maisons de l'emploi, ainsi qu'avec les associations nationales et les réseaux spécialisés d'accueil et d'accompagnement, par des partenariats adaptés »<sup>32</sup>. Encore faut-il que ces institutions soient capables d'imaginer le contenu de ces partenariats, quand elles ont déjà beaucoup de difficultés à concevoir leurs propres politiques. Il faut ensuite qu'elles sachent les formaliser, dans des conventions bilatérales ou multilatérales, leur donner du sens et des moyens de fonctionnement.

De même, la loi prévoit qu'une convention pluriannuelle est conclue au niveau national entre l'Etat, l'UNEDIC et Pôle emploi qui définit les objectifs assignés à Pôle emploi au regard de la situation de l'emploi et au vu des moyens prévisionnels qui lui sont alloués par l'UNEDIC et l'Etat<sup>33</sup>. Cette convention fixe donc les obligations de chacune des parties : contributions financières pour les unes, objectifs de résultat pour les autres. Une convention du même type, annuelle, est conclue au niveau régional par l'autorité administrative représentant l'Etat et le directeur régional de Pôle emploi<sup>34</sup>. Cette convention, compte tenu des objectifs définis par la convention pluriannuelle, détermine la programmation des interventions de la direction régionale de Pôle emploi au regard de la situation locale de l'emploi et du marché du travail. Elle précise les conditions dans lesquelles elle participe à la mise en œuvre des actions d'aide à l'emploi.

32. C. trav., art. L. 5112-1.

33. C. trav., art. L. 5312-3.

34. C. trav., art. L. 5312-11.

Pour autant, la rationalisation et la mise en cohérence des interventions publiques, nécessaires pour rendre effectif l'exercice du droit à l'employabilité, reste à parachever. La loi vient de créer un « service public de l'orientation tout au long de la vie » qui est organisé pour « garantir à toute personne l'accès à une information gratuite, complète et objective sur les métiers, les formations, les certifications, les débouchés et les niveaux de rémunération, ainsi que l'accès à des services de conseil et d'accompagnement en orientation de qualité et organisés en réseaux »<sup>35</sup>. Mais à l'inverse du service public de l'emploi, les institutions qui y participent doivent être reconnues (des décrets sont attendus pour savoir par qui...) selon une procédure particulière et en fonction de critères précis<sup>36</sup>.

Dans la même logique, mais selon des modalités différentes, une convention peut être conclue entre l'Etat, les régions et le tout nouveau fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP) pour concourir au financement du service public de l'orientation tout au long de la vie<sup>37</sup>. Mais de nombreuses incertitudes demeurent. Le FPSPP dispose-t-il de la personnalité juridique pour pouvoir contracter ce que la loi ne prévoit pas expressément ? Aura-t-il une autonomie suffisante pour élaborer ses propres politiques et pour les coordonner avec celles de ses cocontractants ? Quelle sera l'implication des partenaires sociaux censés le faire vivre ?

Il en est encore ainsi des dispositions qui prévoient que, dans le cadre de la « préparation opérationnelle à l'emploi », une entreprise, en concertation avec Pôle emploi et l'organisme collecteur paritaire agréé dont elle relève, définira les compétences que le demandeur d'emploi devra acquérir au cours de la formation pour occuper l'emploi proposé<sup>38</sup>. Sera-t-il vraiment possible de faire s'entendre l'entreprise, Pôle emploi et l'organisme collecteur paritaire agréé au profit d'un demandeur d'emploi dont on ne sait d'ailleurs pas quel lien l'unira au dispensateur de formation, ni à quel statut il sera soumis ?

35. C. trav., art. L. 6111-3 ; articles 3 et 4 de la loi n° 1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

36. Proposer dans un lieu unique à toute personne un ensemble de services lui permettant d'une part de disposer d'une information exhaustive et objective sur les métiers, les compétences et les qualifications nécessaires pour les exercer, les dispositifs de formation et de certification, ainsi que les organismes de formation et les labels de qualité dont ceux-ci bénéficient, et d'autre part de bénéficier de conseils personnalisés afin de pouvoir choisir en connaissance de cause un métier, une formation ou une certification adaptée à ses aspirations, à ses aptitudes et aux perspectives professionnelles liées aux besoins prévisibles de la société, de l'économie et de l'aménagement du territoire et, lorsque le métier, la formation ou la certification envisagé fait l'objet d'un service d'orientation ou d'accompagnement spécifique assuré par un autre organisme, d'être orientée de manière pertinente vers cet organisme. Il faut remarquer que dans ce mécanisme de reconnaissance se glisse une autre technique qui est celle du label de qualité dont bénéficient les organismes de formation.

37. C. trav., art. L. 6111-4.

38. C. trav., art. L. 6326-2.

## **II.2. Rendre effectif un paritarisme de coordination**

La réponse à ces questions dépendra de la façon dont les partenaires sociaux sauront faire travailler ensemble les différentes institutions pour construire de nouvelles formes de sécurité. Ils ont su par le passé créer des institutions paritaires (paritarisme de conception) ou être représentés dans les conseils d'administration de certains organismes créés ou non par eux (paritarisme de gestion). Aujourd'hui naît, à l'initiative du législateur, un paritarisme de coordination qui passe par deux techniques.

La première est celle du renvoi de la loi à la négociation d'un accord collectif. C'est ainsi que le fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels de la loi du 24 novembre 2009 prend la forme d'un accord conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés aux niveaux national et interprofessionnel. Cet accord détermine l'organisation de cette institution qui est toutefois soumise à un agrément de l'autorité administrative délivré « si le fonds respecte les conditions légales et réglementaires relatives à son fonctionnement et à ses dirigeants »<sup>39</sup>. Une négociation de branche devra s'ouvrir sur la ventilation entre le plan de formation et la professionnalisation de la quote-part de 13 % désormais versée par les entreprises au FPSPP par l'intermédiaire des OPCA. Les partenaires sociaux ont donc un rôle clé à jouer dans cette nouvelle institution, en distinguant bien leur rôle politique et les prestations de services susceptibles d'être fournies (Luttringer, 2009).

La seconde technique consiste à donner aux partenaires sociaux un rôle beaucoup plus actif. C'est ainsi que les fonds d'assurance formation (FAF) de l'article L. 6332-7 du Code du travail et les OPCA vont désormais participer à l'identification des compétences et des qualifications mobilisables au sein de l'entreprise et à la définition des besoins collectifs et individuels au regard de la stratégie de l'entreprise, en prenant en compte les objectifs définis par les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ils devront assurer un service de proximité au bénéfice des très petites, petites et moyennes entreprises et pourront prendre en charge les coûts des diagnostics de ces entreprises selon des modalités définies par accord de branche ou accord collectif conclu entre les organisations d'employeurs et de salariés signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé interprofessionnel. Les FAF pourront en outre conclure des conventions triennales d'objectifs et de moyens avec l'Etat, conformément au sixième alinéa de l'article L. 6332-1-1.

Les partenaires sociaux disposent ainsi de nouvelles capacités d'initiative qui les incitent à élaborer des politiques d'action de formation professionnelle concourant à la qualification et à la requalification des salariés et

39. C. trav., art. L. 6332-18.

demandeurs d'emploi (cas du FPSPP) ou à mieux prendre en compte les besoins des entreprises (cas des FAF et des OPCA). Dans cette perspective ils peuvent non seulement négocier des contenus concrets, mais aussi prendre directement en considération les préoccupations des petites et moyennes entreprises qui constituent l'essentiel du tissu économique français. Ils disposent donc d'instruments légaux nouveaux qui leur permettent de s'impliquer dans des politiques conventionnelles originales, en concluant des accords innovants susceptibles de corriger de manière décisive les défauts de notre marché de l'emploi évoqués précédemment. Ce faisant, ils pourraient s'émanciper des politiques que l'Etat serait susceptible de leur imposer.

Car celui-ci entend bien reprendre la main sur les institutions de la flexicurité en faisant adopter des textes qui lui permettent d'interférer plus ou moins directement dans leur fonctionnement. Il le fait en utilisant des conventions d'objectifs dont la conclusion conditionne des financements, notamment les siens. C'est ainsi que l'article 31 de la loi du 24 novembre 2009 prévoit que l'Etat peut, en concertation avec les régions, conclure des conventions d'objectifs portant sur le développement de la formation des jeunes en alternance soit avec des entreprises, soit avec des organisations syndicales et des associations qui les représentent au niveau des branches professionnelles.

Dans la même logique, l'Etat interviendra dans l'organisation des institutions de la formation professionnelle en concluant une convention triennale d'objectifs et de moyens avec chaque organisme collecteur paritaire agréé. Cette convention définira les modalités de financement et de mise en œuvre des missions des organismes collecteurs paritaires agréés<sup>40</sup>. L'Etat pourra également conclure avec les organismes collecteurs paritaires agréés des conventions visant à définir la part des ressources affectées au cofinancement d'actions en faveur de la formation professionnelle et du développement des compétences des salariés et des demandeurs d'emploi<sup>41</sup>.

Les partenaires sociaux sont donc invités à participer à un jeu de négociations multilatérales, ce qui est assez inédit au sein des institutions de la formation et de l'emploi. Le législateur les y fait jouer aussi un rôle de coordonnateurs. La loi du 24 novembre 2009 prévoit en effet que l'affectation des ressources du FPSPP est déterminée par un accord conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel<sup>42</sup>, lesquelles reçoivent et prennent en compte, dans des conditions fixées par décret, l'avis des autres organisations syndicales

40. C. trav., art. L. 6332-1-1.

41. C. trav., art. L. 6332-1-1.

42. Accord national interprofessionnel portant sur l'affectation des ressources du FPSPP conclu le 12 janvier 2010 ; cet accord, conclu pour trois ans était ouvert à signature jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2010 et devait donner lieu à une convention cadre entre l'Etat et les partenaires sociaux avant le 1<sup>er</sup> mars.

d'employeurs ou employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé<sup>43</sup>. La déclinaison de cet accord donne lieu ensuite à une convention-cadre signée entre l'Etat et le fonds. Cette convention-cadre peut prévoir une participation de l'Etat au financement de certaines actions de formation professionnelle des salariés demandeurs d'emploi. Elle détermine en outre le cadre dans lequel des conventions peuvent être conclues entre le fonds et les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau professionnel ou interprofessionnel, les conseils régionaux ou Pôle emploi.

La question est maintenant de savoir si les partenaires sociaux, syndicats de salariés comme organisations patronales, sauront se montrer suffisamment puissants pour imposer à l'Etat le contenu qu'ils veulent donner à ces conventions et s'affranchir ainsi de la tutelle que ce dernier semble exercer en filigrane. A défaut, le dédale des relations entre institutions n'aurait de conventionnel que le nom, et l'unilatéralisme de l'Etat risquerait de l'emporter sur le multilatéralisme affiché.

Or c'est déjà le cas en matière de politique d'activation du marché de l'emploi de laquelle les partenaires sociaux semblent avoir été exclus. L'article 32 de la loi du 24 novembre 2009 prévoit qu'à titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2011 et dans des départements dont la liste est fixée par voie réglementaire, le représentant de l'Etat dans le département conclura avec les personnes de droit privé dont l'activité consiste à fournir des services de placement ainsi que les entreprises de travail temporaire des conventions comportant des engagements réciproques des signataires portant sur des objectifs :

- d'identification des offres d'emploi non pourvues dans le bassin d'emploi considéré ;
- de mutualisation au sein du service public de l'emploi des données relatives au marché du travail ainsi recueillies ;
- de placement des demandeurs d'emploi en fonction des offres d'emploi identifiées ;
- d'accompagnement dans l'emploi des personnes embauchées et les modalités selon lesquelles ces personnes peuvent bénéficier d'actions de formation.

La balle est désormais clairement dans le camp des partenaires sociaux qui, s'ils n'y prennent garde, risquent de voir l'Etat suppléer leur carence. Ils doivent jouer le jeu de la mobilité : conseils aux entreprises, conseils aux salariés. Notre époque marque une rupture dans le rôle que l'on attend d'eux.

---

43. C. trav., art. L. 6332-21.

\* \* \*

Il existe au fond deux façons de progresser vers ce nouveau compromis que l'on présente sous le nom de flexicurité et qui vise à construire un marché du travail dans lequel les mobilités seraient à la fois plus nombreuses, plus actives et plus sécurisées.

Dans une première conception, cette sécurisation passe par une responsabilité accrue de l'entreprise, pendant l'exécution du contrat de travail, sur le maintien de l'employabilité de ses salariés. On l'a vu, la Cour de cassation l'a reconnu dans un arrêt récent : au-delà de l'adaptation au poste de travail, l'employeur doit veiller au « maintien de leur capacité à occuper un emploi », du fait des difficultés que subissent sur le marché du travail les salariés qui n'ont pas bénéficié d'une adaptation à l'évolution de leur emploi et se trouvent ainsi privés de leur capacité à retrouver un emploi correspondant à « l'évolution des emplois, des technologies et des organisations »<sup>44</sup>. La Cour a donc posé un principe général : l'employeur est tenu non seulement de ne rompre le contrat de travail que pour une cause réelle et sérieuse, mais encore de veiller, au cours de l'exécution du contrat, au maintien de l'employabilité du salarié. Car certains salariés en poste peuvent avoir une employabilité insuffisante, si leur entreprise utilise des équipements et des techniques de production obsolètes et si leurs compétences ne sont pas facilement transférables.

La limite de cette première conception tient à l'inégalité qu'elle engendre entre les salariés, selon que ceux-ci travaillent dans une entreprise qui va ou non assumer cette responsabilité et se préoccuper ou non de l'employabilité de ses salariés. D'autant que les entreprises les moins bien équipées en termes de GRH sont souvent aussi celles qui sont les plus vulnérables économiquement et dont les salariés sont les plus exposés au risque du chômage. Doit-on alors – et peut-on – mutualiser cette responsabilité ? Une réponse positive à ces deux questions laisse entrevoir une autre facette de la flexicurité, où la sécurisation et la dynamisation des parcours sont assurées par des institutions externes à l'entreprise, qui opèrent une mutualisation des obligations des entreprises et qui offrent des services à l'ensemble des actifs, salariés, non-salariés ou demandeurs d'emploi. Ces institutions peuvent être paritaires, instituées et gérées par les partenaires sociaux, ou bien publiques (Etat, Pôle emploi, collectivités territoriales), voire même privées (autres participants au service public de l'emploi).

Cette seconde conception n'est pas non plus exempte de limites. L'entreprise peut considérer qu'elle s'exonère de ses obligations en payant une cotisation à une institution externe. Par ailleurs, l'efficacité des dispositifs visant à développer l'employabilité des salariés est moindre lorsque ceux-ci

44. C. trav., art. L. 6321-1.

opèrent hors du milieu de travail quotidien : qu'il s'agisse de l'accès (alternance) ou du retour à l'emploi, l'action de formation est beaucoup plus efficace lorsqu'elle est ciblée sur un poste de travail préalablement identifié. Enfin, les institutions externes en charge de produire de la sécurité et du dynamisme des parcours professionnels sont forcément plurielles, ce qui pose la question de leur cohérence.

Notre conviction est que l'on ne parviendra à rendre effectif un droit à l'employabilité que si l'on réussit à combiner ces deux approches pour en faire un système d'emploi complémentaire et cohérent <sup>45</sup>.

Au regard de cet objectif, c'est une impression mitigée que l'on retire de la lecture des évolutions récentes, telle qu'on l'a dessinée dans les pages qui précèdent. La diversité des institutions de la flexicurité, le fait qu'elles soient pilotées soit par les partenaires sociaux dans les branches professionnelles, soit par les collectivités territoriales dans les régions ou les bassins d'emploi (avec ou sans les partenaires sociaux), l'Etat demeurant le financeur principal, tout cela suscite la crainte d'un empilement de dispositifs, insuffisamment coordonnés et surtout insuffisamment tournés vers le service apporté aux salariés et aux demandeurs d'emploi. Leur régulation par le moyen de conventions d'objectifs et de moyens, imposée par l'Etat et par Pôle emploi en contrepartie de leur concours financier, risque de déboucher sur des usines à gaz, l'aspect formel des relations entre institutions l'emportant sur les questions de fond. Et l'on est conduit à se demander si d'autres modes de régulation ne seraient pas préférables, qui passeraient par une émulation entre institutions, voire une concurrence autorisant par exemple les entreprises et/ou les salariés à choisir celles qui leur offrent les meilleures prestations.

Tous les pays qui ont mis en œuvre le modèle de la flexicurité (pays scandinaves, Pays-Bas) l'ont fait sous l'impulsion des partenaires sociaux. Certes la période présente qui voit le chômage remonter n'est guère propice à une mobilisation et la tentation est forte de revenir au traitement social du chômage. Il ne faut pas pour autant oublier les enjeux de moyen terme. L'arrêt de la croissance de la population active pourrait signifier la fin d'une période où la main-d'œuvre a constitué un facteur de production abondant pour les entreprises et conduire à un scénario noir où des difficultés de recrutement dans certains métiers, bassins d'emploi ou types d'entreprises pourraient coexister avec le maintien d'un chômage encore trop élevé. La seule façon d'éviter qu'un tel scénario se réalise est d'améliorer l'appariement entre l'offre et la demande de travail en donnant à tous les actifs les moyens d'être plus mobiles et de rendre le marché du travail plus juste,

45. Complémentarité dont Bruno Amable a très bien présenté les enjeux dans son livre *Les cinq capitalismes* (2005).

en donnant les mêmes droits aux salariés, quelle que soit la nature de leur contrat de travail.

Face à cet enjeu, les partenaires sociaux ont des opportunités à saisir et un rôle clé à jouer.

## Références bibliographiques

- Amable B. (2005), *Les cinq capitalismes*, Seuil, Paris.
- Amnyos Consultants (2007), « *Quelle mise en œuvre de la réforme de la formation professionnelle dans les entreprises ?* », Rapport d'évaluation pour la CFDT, 150 p.
- Blanchard O., Tirole J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Conseil d'analyse économique n° 44.
- Cahuc P. (2003), *Pour une meilleure protection de l'emploi*, document de travail n° 63, Centre d'observation économique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.
- Cahuc P., Kramarz F. (2004), *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Economie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Solidarité, La documentation française, Paris.
- Caroli E., Gautié J. (dir.) (2009), *Bas salaires et qualité de l'emploi : l'exception française ?*, Paris, Editions Rue d'Ulm.
- CERC (2005), *Aider au retour à l'emploi*, La Documentation française.
- CERC (2005), « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », rapport n° 5, 179 p.
- Chassard Y., Bosco A. (1998), « L'émergence du concept d'employabilité », *Droit social*, p. 903-911.
- Colin T., Grasser B. (2007), « La gestion des compétences : de la diffusion des pratiques et des outils au modèle ? », *Revue Française de Gestion des Ressources Humaines*, n° 66.
- Commission européenne (2006), « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle, Livre vert », COM(2006) 708 final.
- Commission européenne (2007), « Issue de la consultation publique sur le Livre vert de la Commission : Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle », COM(2007) 627 final.
- Conseil d'orientation pour l'emploi (2007), *Sécurisation et dynamisation des parcours professionnels*.
- Conseil d'orientation pour l'emploi (2009), « Rapport sur les trajectoires et les mobilités professionnelles », septembre.
- Dayan J.L. (2009), « Où en est la formation différée ? », Centre d'analyse stratégique, *Note de veille* n° 160, décembre.
- Duclos L. (2008), « Le droit de la bonne pratique : enquête sur une norme de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences », *Cahiers philosophiques*, n° 116, décembre, p. 49-68.
- Eymard-Duvernay F. (2004a), « L'encadrement juridique du licenciement mis en question par les économistes », *Connaissance de l'emploi (CEE)*, n° 6, août.
- Eymard-Duvernay F. (2004b), « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? », *Droit social*, septembre-octobre, p. 812-816.
- Gaudu F. (2005), « Des illusions des juristes aux illusions scientifiques », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, dir. A. Jeammaud, Dalloz, Actes.

- Gautié J. (2005), « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexicurité », *Droit social*, janvier, p. 3-11.
- Gautié J. (2009), *Le Chômage*, La Découverte, Coll « Repères », Paris.
- Kerbourc'h J.-Y. (2007), « L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail », *Travail et emploi*, n° 109, janvier-mars, p. 25-38.
- Luttringer J.-M. (2009), « Pourquoi la formation doit s'accrocher aux branches et pourquoi la réciproque n'est pas vraie », *AEF*, 28 octobre, Dépêche n° 121999.
- Maggi-Germain N. (2009), « La capacité du salarié à occuper un emploi », *Droit social*, p.1234-1245.
- Morin M.-L. (2009), « L'office du juge : l'exemple du contrôle de la cause économique du licenciement », in Gomel B., Méda D., Serverin E. (dir.), *L'Emploi en ruptures*, Dalloz, Paris, p. 155-170.
- OCDE (2004), « Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail », *Perspectives de l'emploi 2004*, chapitre 2.
- Venn D. (2009), *Legislation, Collective Bargaining and Enforcement*, OECD, Social, Employment and Migration Working Papers, n° 89.