

Renforcer l'attractivité du contrat de travail à durée indéterminée

Par Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

1. OBJECTIFS.

Une distinction fondamentale des modes d'activité. L'organisation de l'activité professionnelle est susceptible de s'inscrire dans une grande diversité de statuts. Historiquement, cette diversité s'est ordonnée autour d'une distinction fondamentale entre l'activité indépendante/libérale et l'activité salariée, selon que l'actif supporte ou non directement les risques de son activité¹.

Cette distinction, fondée sur une analyse économique de l'activité, a induit jusqu'à présent d'importantes distinctions statutaires en matière de protection sociale, qu'il s'agisse de la prise en charge par la sécurité sociale proprement dite ou par l'assurance chômage.

Une généralisation souhaitable de la protection sociale des salariés aux travailleurs indépendants exerçant à titre individuel. Il nous semble que rien ne s'oppose à la **généralisation du système de protection sociale des salariés** aux actifs indépendants, comme cela avait d'ailleurs été imaginé aux lendemains de la seconde guerre mondiale pour les risques couverts par la sécurité sociale. Un rattachement volontaire des travailleurs indépendants exerçant leur activité de manière individuelle pourrait être envisagé, tant pour les risques couverts par la sécurité sociale que le risque chômage, sur la base de cotisations identiques à celles qui sont payées par les salariés².

L'extension du régime applicable aux salariés aux travailleurs indépendants exerçant à titre individuel favoriserait la transition d'un régime d'activité à l'autre, et la prise en charge des risques couverts lors de leur réalisation, notamment du risque vieillesse.

¹ Sur l'importance du critère économique dans la qualification de contrat de travail, « Des critères du contrat de travail », Dr. soc. 2013, p. 202.

² Le travailleur indépendant devrait toutefois s'acquitter de l'entière cotisation (6,4% d'un revenu plafonné) correspondant, pour les salariés, à la part salariale et patronale. Il conviendrait également d'adapter le critère de la « perte involontaire d'emploi » à l'hypothèse d'une liquidation de l'entreprise ou de cession dans le cadre de graves difficultés économiques.

Une dualité fondamentale des modes d'activité. Si cette extension nous semble envisageable en matière de protection sociale *lato sensu*, nous ne pensons ni possible, ni souhaitable de gommer la différence de régime de l'activité professionnelle entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants, car il s'agit ici d'un choix entre deux modes d'exercice radicalement distincts.

L'objet des propositions. Ce n'est donc pas vers l'abolition des frontières statutaires que nous souhaiterions nous tourner, mais vers un renforcement de l'attractivité du modèle du salariat grâce à une évolution des règles applicables au contrat de travail à durée indéterminée et à une réduction corrélative du recours aux contrats précaires.

Nous souhaiterions ici présenter quelques **propositions techniques** concernant les modalités d'exercice de l'activité professionnelle salariée et qui visent à favoriser la conciliation d'une activité salariée, exercée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, avec d'autres phases de la vie professionnelle (*inactivité forcée, activité sous un autre statut*), et à **réduire le dualisme du marché du travail**.

2. CONSTATS.

Des régimes complexes. La multiplicité des formes de contrats de travail constitue un facteur de complexité susceptible d'alimenter un certain sentiment de défiance à l'égard du droit du travail, et d'illustrer l'adage selon lequel « *Quand la loi vous échappe, vous échappez à la loi* ».

Les différences de niveau de protection des salariés dans les différents régimes alimentent le phénomène dit de « *dualisme du marché du travail* » et rendent le passage de la « précarité », caractérisée par la succession de contrats « à terme » sur des longues périodes, à la « stabilité » que représenterait le bénéfice d'un CDI, plus difficile.

Réduire le dualisme en renforçant l'attractivité du CDI. De nombreux projets ont été exposés ces dernières années pour donner à la relation salariée une portée qui dépasse le cadre du simple contrat de travail, qu'il s'agisse du « contrat d'activité » proposé par la commission Boissonnat ou des propositions d'Olivier Blanchard et Jean Tirole qui ont fait la proposition d'un « système unique de protection de l'emploi » s'accompagnant de mécanismes de responsabilisation financière des entreprises (*taxes sur le licenciement, bonus/malus sur les cotisations*) et de simplifications administratives concernant la rupture du contrat de travail.

Certaines de ces propositions ont été testées depuis, avec un succès inégal.

L'idée d'un « contrat de travail unique » comportant une phase de grande liberté de rupture a été proposée³ et testée en 2005-2006 avec les formules « CNE-CPE », mais s'est heurtée à la fois à un obstacle juridique (*le respect de la convention 158 de l'OIT de 1982*) et politique (*la stigmatisation des jeunes travailleurs pour ce qui fut l'éphémère CPE*). Le choix d'une réforme des périodes d'essai allant dans le sens d'un allongement des durées permettant de rompre le contrat sans véritable justification a été fait en 2008 (ANI du 11 janvier ; loi du 25 juin).

La modulation des cotisations a également été tentée sur les CDD de courte durée, donnant lieu à une majoration de la cotisation de l'assurance chômage⁴. Les études ont malheureusement démontré que sur la même période le nombre des CDD de courte durée n'avait malheureusement pas baissé, bien au contraire, et que le recours à l'intérim, qui n'est pas concerné par les mesures adoptées en 2003, a également augmenté pour la même période. La taxation des contrats courts ne suffit donc pas, et doit être accompagnée d'autres mesures incitatives.

C'est dans le prolongement de cette réflexion que nous souhaitons nous situer, en renforçant toutefois les droits de salariés de manière équilibrée.

3. PRINCIPES RETENUS.

Globalité de la réforme. Il nous semble que les propositions visant à restreindre le dualisme *juridique* du marché du travail et à responsabiliser les entreprises sont toujours pertinentes, mais que les mesures envisagées, pour être efficaces, doivent être mises en place *en même temps*⁵, et sur une grande échelle, et s'accompagner des dispositifs visant à garantir l'effectivité du droit des actifs à la protection contre les risques d'inactivité inhérents à un système visant à donner plus « d'agilité » au marché du travail.

Les éléments de réforme que nous proposons visent donc à généraliser le principe de **contributions variables des entreprises selon leurs performances** dans tous les domaines concernés (*généralisation du principe du bonus-malus*) : cotisations d'assurance maladie, en fonction du taux d'absence pour cause de maladie dans l'entreprise, d'assurance chômage pour tenir compte du *turn-over* dans l'entreprise, de la formation professionnelle selon les sommes investies collectivement et individuellement, mais aussi indemnités de rupture

³ Notamment dans le cadre du rapport BLANCHARD – TIROLE publié à la Documentation Française en 2003.

⁴ Circulaire Unédic n° 2013-017 29/07/2013 et Circulaire Unédic n° 2014-22 17/07/2014.

⁵ C'était d'ailleurs le sens de la tribune publiée par un groupe d'économistes, dont Jean Tirole, dans *Le Monde* le 4 mars 2016.

(minorées pour les licenciements indispensables, majorées en cas de licenciement manifestement injustifiés).

Il conviendra également de **réduire le dualisme du marché du travail** en restreignant/dissuadant les entreprises de recourir aux CDD, en contrepartie de quoi les mécanismes de suspension indemnisés du CDI devront être développés, ainsi que l'embauche de travailleurs intérimaires en CDI.

3.1. Mettre en place un régime de suspension indemnisée du CDI.

Elargir le régime du CDI par le recours à des périodes de suspension indemnisées.

L'idée d'une *simplification/rationalisation* des contrats de travail ne doit pas être abandonnée, mais adaptée en fonction de nouveaux objectifs, notamment de permettre de maintenir le lien contractuel entre un salarié et un employeur y compris lorsque ce dernier n'a plus, ou moins, de travail à proposer au salarié, pendant des périodes déterminées et moyennant une prise en charge temporaire par l'assurance chômage (*sur le modèle de l'indemnité/allocation d'activité partielle*⁶) ou au titre de la formation professionnelle (*privilégier ce recours par le biais de réductions ou d'exonérations de cotisations*).

S'agissant de la durée de ces périodes de suspension indemnisées, le principe selon lequel la durée de suspension ne peut excéder la durée d'activité qui la précède devrait être imposé, et, à l'issue de cette période, le salarié à qui aucune nouvelle activité ne serait reproposée serait considéré comme licencié pour motif économique.

Redéfinir les modalités d'octroi des financements d'actions de formation et d'assurance chômage. L'idée que nous développons est celle de l'intégration de périodes de suspension indemnisée dans le cadre du régime du CDI, et de la prise en charge, pendant ces phases, au titre de la formation professionnelle et/ou de l'assurance-chômage.

Il nous semble qu'une redéfinition des conditions d'octroi des allocations de chômage s'impose pour redynamiser le retour à l'emploi. Passé un certain délai sans retrouver un emploi, il pourrait ainsi d'être envisagé de subordonner le maintien de la non-dégressivité des allocations à l'acceptation de formations professionnelles, ou d'emplois en lien avec l'expérience, ou la qualification, du salarié. Des activités au service de collectivités ou d'associations pourraient également être proposées en contrepartie d'un maintien des

⁶ Circulaire DGEFP n°2013-12 du 12 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de l'activité partielle et convention du 1^{er} novembre 2014.

allocations non dégressives, ou de minimas de solidarité plus élevés, afin de favoriser le maintien dans l'activité des chômeurs de longue durée.

3.2. Réduire les facultés de recours aux CDD.

L'impossible substitution d'un seul modèle de contrat de travail. Il ne nous semble pas possible de substituer totalement à l'actuelle distinction des CDD et des CDI un contrat unique faisant totalement disparaître la catégorie des CDD, dans la mesure où le recours à ces derniers pour des missions de courte durée ne peut pas, nous semble-t-il, être raisonnablement pourvu par un système de contrat unique sans terme.

S'agissant des contrats aidés, il conviendrait d'allouer les aides non pas en fonction de la conclusion d'un certain type de contrat mais uniquement sur la base de critères *personnels*, et donc de privilégier les *CDI aidés*.

Limiter le recours aux CDD. Une réduction importante du recours aux CDD nous semble en revanche possible, et souhaitable, par l'introduction d'une double mesure visant à limiter la durée de ces contrats (*à trois mois*) et à les taxer plus lourdement (*cotisations majorées*).

Les cas de recours au CDD devraient également être repensés dans un sens restrictif pour les seules *missions exceptionnelles de courte durée*, les entreprises devant être orientées soit vers l'intérim (*salariés embauchés en CDI*) soit vers les CDI (*intégrant des phases de suspension indemnisées*).

Transférer le besoin intermittent de main d'œuvre vers le CDI. L'employeur serait encouragé (*cotisation majorée sur les CDD et normal sur les CDI*) à recruter dans le cadre de CDI des salariés pour pourvoir successivement plusieurs emplois dans l'entreprise, dès lors que ces périodes de travail se succèderaient régulièrement et que le salarié serait appelé à intervenir de nouveau avant l'expiration du délai de suspension (*équivalent à la durée travaillée précédemment*). Entre deux périodes de travail effectif, le contrat de travail serait suspendu et le salarié indemnisé par l'assurance-chômage.

L'entreprise verrait le taux de ses cotisations diminuer lorsqu'elle maintiendrait le contrat au moins 24 mois et diminuerait pour les salariés concernés la proportion des périodes d'inactivité.

L'entreprise qui recourt au moins deux fois au même salarié dans un délai de douze mois bénéficierait d'un taux de cotisations moins élevé.

Favoriser le travail intérimaire en CDI. Le recrutement de travailleurs intérimaires en CDI devrait être développé par une politique de minoration des cotisations chômage et le bénéfice des *périodes de suspension indemnisées*.

3.3. Sécuriser les cas de rupture du CDI

Sécuriser la rupture des CDI en définissant le régime de la rupture. Une partie du sentiment d'insécurité juridique des employeurs provient du pouvoir d'appréciation très fort du juge sur la qualification de « *cause réelle et sérieuse* », sur le flou qui entoure la notion de « *motif de licenciement* » et sur l'absence de toute prédétermination des montants dus aux salariés en cas de rupture du contrat de travail. Nos propositions visent à remédier à ces différents points.

- *La réalisation de la mission contractuelle comme motif de rupture du CDI.* La volonté de réduire le recours aux CDD et d'inciter les entreprises à recourir au CDI (*par embauche directe ou par recours aux CDI intérimaire*) doit conduire à élargir les motifs de licenciement aux hypothèses d'arrivée du terme convenu, à l'instar du contrat de chantier actuellement présent dans le Code du travail (*art. L. 1236-8*). Le terme contractuel ne serait donc plus extinctif de droit, comme c'est le cas dans le cadre de l'actuel CDD, mais deviendrait un juste motif de rupture du CDI. Lorsque le salarié a été recruté pour la réalisation d'une mission déterminée (*remplacer un salarié absent pour une longue durée, surcroît d'activité lié à une commande déterminée, etc.*), la réalisation de cette mission constituerait donc un juste motif de licenciement.

L'employeur se verrait toutefois imposer une obligation générale de reclassement (cf infra).

En cas de rupture du contrat avant le terme de la mission, la loi prévoirait l'obligation d'indemniser le salarié du préjudice subi, c'est-à-dire de la perte des salaires convenus. Dans l'hypothèse où le salarié aurait entre temps retrouvé un autre travail, cette somme pourrait être diminuée de moitié.

- *Assouplir le motif non inhérent à la personne du salarié.* Le Code du travail définit actuellement de manière restrictive le motif économique de licenciement et fait peser sur l'entreprise une hypothèque importante s'agissant du périmètre et des modalités de l'obligation de reclassement. Le contrôle du juge sur le sérieux du motif est également fortement discuté dans la mesure où ce dernier, au-delà du discours officiel de la Cour de cassation qui interdit en principe toute immixtion dans la gestion de l'entreprise, dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Nous proposons donc de consacrer une définition plus large du motif économique de licenciement, centrée sur l'existence d'une restructuration de l'entreprise, de limiter la condamnation de l'entreprise pour licenciement injustifié à l'hypothèse dans laquelle celui-ci n'est manifestement pas rendu nécessaire par la restructuration, mais d'augmenter les sanctions lorsque le licenciement n'est pas justifié (*renforcement du remboursement des allocations de chômage, augmentation des cotisations d'assurance chômage, dommages et intérêts punitifs en cas d'abus manifeste – proche de l'hypothèse de la faute lucrative*).

- *Généraliser l'obligation de reclassement mais limiter la sanction en cas de non-respect.* La loi devra également formuler une obligation générale de reclassement, l'employeur devant proposer au salarié dont le licenciement est envisagé (*pour un motif non disciplinaire*) le ou les emplois, compatibles avec sa qualification et ses capacités, disponibles au sein de l'entreprise (*obligation de résultat*). L'employeur devra également informer le salarié des emplois disponibles au sein d'autres entreprises avec lesquelles des permutations de personnel ont été réalisées dans les deux dernières années, et mettre en contact le salarié et ces entreprises pour favoriser le reclassement du salarié (*obligation de moyens*).

En cas de non-respect manifeste de cette obligation, le licenciement demeurerait justifié mais l'entreprise serait condamnée à des dommages et intérêts dont le montant pourrait être plafonné.

- *Rationaliser le versement des indemnités de rupture.* Le Code du travail ne s'est pas du tout intéressé aux chefs de préjudices liés à la rupture, ce qui entraîne une grande incertitude et une grande inégalité entre les instances.

Il conviendrait dès lors d'adopter une grille légale des chefs de préjudice indemnisables et un barème indemnitaire supplétif (*sous forme de fourchette*) dont le juge pourrait se libérer par une *décision spécialement motivée* lorsque l'importance du préjudice subi par le salarié, ou la gravité des manquements constatés, justifie qu'il lui soit attribué une réparation d'un montant supérieur.

Les montants des indemnités pour licenciement injustifié pourraient également varier selon le motif de rupture.

La loi pourrait également introduire un dispositif de dommages et intérêts punitifs pour sanctionner les entreprises qui licencient de manière manifestement abusive et qui pourraient être versés, en tout ou partie, à Pôle emploi (*en allant plus loin que le remboursement des allocations de chômage*).