



# SÉMINAIRE POLITIQUES DE L'EMPLOI

## INTERACTIONS DE L'ÉCONOMIQUE ET DU JURIDIQUE

### SYNTHÈSE

## DES INTERVENTIONS ET DÉBATS

### - SEANCE DU 30 OCTOBRE 2012 -

Thème de la séance :

**Les outils de flexibilité interne, alternatives aux licenciements ?**

Intervenants :

- **Ines Zapf**, Chargée de recherche au département « Prévisions et analyses structurelles » de l'*Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)*, Nuremberg ;
- **Dirk Baugard**, Professeur de droit à l'université Paris VIII - Vincennes Saint-Denis ;
- **Odile Chagny**, Economiste au Centre Etudes & Prospectives du groupe Alpha ;
- **Jean Agulhon**, Directeur des ressources humaines France de Renault ;
- **Dominique Chauvin**, Délégué syndical central CFE-CGC de Renault.

Ce séminaire avait pour objet de passer en revue les différents outils de flexibilité interne, notamment ceux qui permettent au travers d'une réduction de la durée du travail de baisser temporairement le coût du travail pour les employeurs en fonction de la conjoncture (p.ex. le chômage partiel, la modulation du temps de travail, etc.). L'analyse comparative avec l'expérience allemande a notamment permis de montrer que les obstacles au développement de tels dispositifs en France tiennent davantage au positionnement du juge qu'au droit lui-même, et que le système allemand présente certaines faiblesses, bien que sa capacité à préserver les emplois pendant la crise semble avérée.

Cinq intervenants ont contribué à alimenter le débat sur ces différents aspects :

**1. Ines Zapf, chargée de recherche au département « Prévisions et analyses structurelles » de l'Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) de Nuremberg, a présenté les différents outils de flexibilité interne mobilisés en Allemagne pendant la crise.**

Après avoir rappelé le contexte économique allemand en 2009, soit un recul du PIB de 5,1% et la moitié des entreprises affectées par la crise, Ines Zapf a souligné le rôle majeur de la réduction du temps de travail (-3,2% en 2009) pour limiter l'impact sur l'emploi de la contraction de l'activité.

Trois dispositifs ont plus particulièrement été présentés :

> **Les comptes épargne temps (CET)**, qui ont la particularité, en Allemagne, de servir de support à une modulation pluriannuelle du temps de travail, avec la possibilité de présenter un solde négatif (constitution d'un passif). Selon une étude de 2006, les valeurs maximales d'actifs alors constitués sur les CET des entreprises interrogées atteignaient en moyenne +69 heures, et celles des passifs en moyenne -39 heures, avec une période de compensation/modulation de 30 semaines en moyenne. Cette très grande flexibilité offerte par la modulation du temps de travail permet à l'entreprise de s'adapter de manière très réactive aux cycles, tout en évitant le coûteux recours aux heures supplémentaires et au chômage partiel. Le salarié dispose en outre d'une plus grande autonomie dans l'organisation de son temps de travail, dans la limite des besoins de l'entreprise toutefois.

> **Les accords de sauvegarde de l'emploi**, négociés au niveau des entreprises et qui permettent de modifier simultanément le temps de travail et les salaires, à la baisse en cas de crise. De tels accords ne peuvent être mis en œuvre que si l'accord de branche l'autorise (nécessité d'une clause d'ouverture). Si c'est le cas, ils s'imposent à

tous les salariés, dans la mesure où le contrat de travail renvoie souvent à l'accord de branche (existence de clauses de renvoi). La mise en œuvre des concessions négociées (notamment en termes de préservation de l'emploi) est sous le contrôle des partenaires sociaux signataires. Une enquête du WSI de 2003 rapporte que, parmi les entreprises ayant conclu de tels accords, 82% prévoient des garanties d'emploi, 53% des garanties relatives au site de production (investissements ou maintien du *Standort*), mais 13% n'offraient aucune garantie. Ines Zapf fait observer que la durée de ces accords a été plus courte dans les entreprises rencontrant des difficultés économiques (19 mois vs. 36 mois).

> **Le chômage partiel conjoncturel** (*konjunkturelle Kurzarbeit*), dont les conditions d'accès ont été assouplies pendant la crise, et qui est entièrement financé par l'assurance chômage, avec une indemnisation calquée sur l'indemnisation chômage (60 ou 67% du salaire de référence selon la situation familiale). Une étude estime pour 2009 le « coût social global » du dispositif à 14 Md€, répartis entre les pouvoirs publics (6 Md€ d'allocations et de perte de cotisations), les entreprises (5 Md€ de coûts résiduels dus notamment au paiement partiel des cotisations sociales) et les salariés (3 Md€ de pertes de salaire). Avec la reprise, les critères d'éligibilité au dispositif se sont durcis, notamment la durée maximale de recours (6 mois en 2012 contre un maximum de 24 mois en 2009).

Parmi l'ensemble des outils de flexibilité interne, les comptes épargne temps ont été les plus utilisés en Allemagne pendant la crise : 34% des entreprises interrogées dans le cadre d'une enquête du WSI durant l'été 2009 disent avoir opté en premier lieu pour la liquidation des actifs sur les CET, voire la constitution de passifs. Le *Kurzarbeit* a, quant à lui, concerné près d'un quart des entreprises interrogées. Une décomposition du temps de travail annuel moyen confirme les rôles importants du chômage partiel, des comptes épargne temps et des accords de sauvegarde de l'emploi dans la forte réduction du temps de travail annuel moyen en 2009 (-3,2%). La très grande flexibilité du temps de travail en Allemagne s'observe par ailleurs au travers des fortes variations du temps de travail hebdomadaire. Monté à 30,4 heures en moyenne (temps partiels inclus) au troisième trimestre 2008, celui-ci est tombé à 29,8 heures au premier trimestre 2010 et remonté à 30,1 heures fin 2011, traduisant la reprise progressive de l'activité.

L'impact de la crise économique a été amorti en Allemagne par une utilisation massive de dispositifs permettant de réduire le temps de travail. Le volume de la réduction du temps de travail pendant la crise correspondrait à environ 1,4 millions d'emplois (en équivalent temps plein).

## 2. Dirk Baugard, professeur de droit à l'université Paris VIII, a organisé son intervention autour de deux questions : le droit français offre-t-il actuellement une certaine flexibilité permettant de faire face à une crise conjoncturelle ? Et quels seraient les obstacles à l'émergence ou les limites d'un véritable « droit de la flexibilité » ?

❖ A la première question, Dirk Baugard souligne la souplesse inégale des dispositifs de flexibilité français :

> Le chômage partiel offrirait une certaine souplesse, dans la mesure où il ne constitue pas une modification du contrat de travail, conformément à ce qu'affirme la Cour de Cassation, et peut dès lors s'imposer au salarié sans possibilité de refus ;

> Le compte épargne temps est d'une flexibilité plus relative car, bien qu'étant mis en place par accord collectif, la loi le définit comme un outil créateur de droits (création d'une créance), dont l'alimentation s'opère quasi exclusivement à l'initiative du salarié. Il ne peut donc en l'état ni servir à faire de la modulation pluriannuelle non consentie par le salarié, ni être en négatif, ce que confirme une récente décision (Cour d'appel de Douai, 2011) ;

> La « modulation » du temps de travail<sup>1</sup> est doublement envisagée par le législateur. La loi prévoit son organisation sur au plus une année, s'il existe un accord de modulation, mais sur quatre semaines au maximum en l'absence d'accord collectif. L'articulation entre accord de « modulation » et contrat de travail reste floue : le législateur est intervenu (loi Warsmann de mars 2012) et a pris le contrepied de la jurisprudence (de 2010), afin de permettre que l'accord de modulation puisse s'imposer à tous les salariés (la loi précise ainsi que la « modulation » prévue par accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail).

Cependant, doit-on parler de modification du contrat de travail alors que chacun s'accorde à reconnaître une autonomie du contrat de travail par rapport à l'accord collectif, ce qui implique que ce dernier est techniquement inapte à modifier le contrat de travail ? La question posée par le juriste est alors de savoir si l'on peut opérer un changement dans cette hiérarchie des normes. En l'occurrence, le législateur peut conforter l'accord collectif, et ce d'autant qu'il le fait au nom de l'intérêt général. Se pose alors une autre question, à laquelle on peut sans doute apporter une réponse affirmative : la préservation de l'emploi relève-t-elle, pour le juge, de l'intérêt général ?

<sup>1</sup> Plus techniquement, on parle d'aménagement du temps de travail plutôt que de modulation du temps de travail.

❖ La seconde question conduit à questionner, sur un plan théorique, les contraintes juridiques qui limitent la possibilité pour un accord collectif de s'imposer sur le contrat de travail relativement au temps de travail et/ou au salaire des salariés. Une implication importante est notamment de déterminer si le refus du salarié de se voir imposer l'accord collectif justifie son licenciement.

> Au regard des limites imposées par la Constitution, une réponse a récemment été apportée par le Conseil constitutionnel dans ce domaine : un accord collectif peut primer sur le contrat de travail et « modifier » le contrat pour un motif d'intérêt général. Dans le cas de la modulation, le Conseil constitutionnel a confirmé la position du législateur (loi Warsmann), estimant que l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise constituait un motif d'intérêt général. Le fait que la modulation soit définie par un accord collectif lui donne une certaine valeur constitutionnelle, portant une atteinte admissible à la liberté contractuelle ;

> Au regard des normes internationales, notamment la convention n°158 de l'OIT, le licenciement lié à un refus du salarié de se voir appliquer l'accord doit répondre au critère de motif « valable » de licenciement et peut à ce titre être « fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ». Cela pourrait conduire, notamment le juge et l'OIT, à questionner la *légitimité* d'un tel accord, notion que le droit n'appréhende pas aujourd'hui.

## 3. Jean Agulhon, directeur des ressources humaines de Renault France, et Dominique Chauvin, délégué syndical central CFE-CGC de Renault, ont présenté les différents outils de flexibilité utilisés dans le groupe en fonction de la conjoncture et sont notamment revenus sur le « contrat social de crise » conclu chez Renault en 2009.

Selon des estimations réalisées en interne, le « contrat social de crise » (CSC) a bénéficié à 30 000 salariés du groupe en 2009 et aurait permis de sauver 2000 emplois sur une année pleine. Il s'inscrit dans un contexte de production structurellement soumis à de fortes variations de l'activité, avec l'existence dès 1996 d'un accord-cadre de modulation avec utilisation de comptes épargne temps (individuel et collectif), déclinable localement par établissement. Le CSC prévoyait la généralisation du chômage partiel pour préserver les compétences, une forte modération salariale, et un système fondé sur la solidarité intercatégorielle avec la création d'un fonds spécifique alimenté par des jours de congés concédés par les salariés (en particulier les cadres) pour compléter l'indemnisation du chômage partiel et maintenir

ainsi 100% du salaire net aux salariés touchés par le chômage partiel (le plus souvent des ouvriers).

Ce système présentait l'inconvénient d'être peu incitatif au détachement temporaire d'un site à basse activité vers un site à haute activité, car le salarié percevait 100% de son salaire sans travailler. Renault a donc dû avoir recours à des intérimaires sur certains sites, quand certains autres sites étaient en sureffectifs.

Jean Agulhon a souligné la nécessité de passer d'une flexibilité par essence conjoncturelle à des ajustements plus structurels avec la mise en place d'une véritable gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), un maintien de la possibilité de pluri-annualité de la modulation via les CET, et des conditions plus souples de recours au chômage partiel.

#### 4. Odile Chagny, économiste au Centre Études et prospectives du groupe Alpha, a relativisé les enseignements pouvant être tirés de l'expérience allemande.

Odile Chagny a articulé son intervention en trois temps : elle est d'abord revenue sur quelques éléments de contexte socio-économiques, notamment l'érosion du système de relations professionnelles en Allemagne ces vingt dernières années et la modération salariale qui caractérise les années 2000, qui expliquent les tendances récentes ; dans un deuxième temps, elle a nuancé le succès des instruments de flexibilité pendant la crise au regard de ces éléments de contexte, en raison de la faible couverture conventionnelle ; enfin, elle a relativisé la possibilité de transposabilité de l'expérience allemande en France.

Les accords de flexibilisation de la durée du travail se sont développés en Allemagne dès les années 1980, Puis, avec l'assouplissement du cadre législatif en 1994 et l'érosion du système de négociations collectives, visible dans la baisse de la couverture conventionnelle (taux de couverture conventionnelle de 61% dans les anciens Länder et de 49% dans les nouveaux Länder en 2011), ces accords dérogatoires sont progressivement montés en charge, avec des possibilités de déroger (par le bas) aux conventions collectives pour sauvegarder l'emploi.

En outre, les éléments statistiques disponibles pour mesurer l'ampleur du recours aux outils de flexibilité interne en Allemagne sont fragiles : la connaissance des modalités et conditions des accords dérogatoires de réduction temporaire du temps de travail et des salaires passés dans les entreprises est limitée, plus de la moitié des salariés allemands travaillant dans des entreprises ne disposant pas d'un conseil d'établissement (*Betriebsrat*) et étant donc hors du champ des études disponibles. Or, dans ces zones « grises »,

la flexibilité peut être à la limite des règles européennes sur les conditions de travail.

Il a notamment été souligné que certains accords dérogatoires ne comprenaient aucune contrepartie et que, dans 28% des cas, les contreparties n'avaient pas été respectées par l'employeur, ce qui pose la question de la qualité du dialogue social dans un contexte de forte désyndicalisation et de couverture parcellaire par des accords de branche. Les facteurs de réussite de ces accords semblent toutefois être la présence de l'acteur de branche, la qualité des relations professionnelles et l'inscription des acteurs dans le long terme.

#### 5. Synthèse – Partie « Débats et échanges avec la salle ».

Le débat a fait ressortir que la conciliation entre l'accord collectif et le contrat de travail se fait par l'application du principe de faveur (c'est la disposition la plus favorable qui s'applique), principe contrôlé par le juge. Or, le juge est actuellement peu enclin à apprécier les « bénéfiques » de l'accord dans sa globalité. Ces contreparties « collectives » pourraient peut-être davantage être appréhendées par le juge si les accords d'entreprises étaient accompagnés d'un exposé des motifs. Cette piste présente toutefois des limites en raison de la faible représentation syndicale dans certains secteurs, notamment dans les petites entreprises.

La flexibilité se heurte aussi à des résistances culturelles : elle est souvent perçue comme un facteur de risque de dégradation des conditions de travail. Cette perception peut être liée au fait qu'elle n'est le plus souvent présentée que sous l'angle de l'intérêt de l'entreprise et beaucoup moins sous l'angle de la liberté de choix que le salarié peut y gagner. S'il existe une telle résistance du contrat de travail, tant de la part du juge que de la part des représentants des salariés, c'est parce qu'on touche à l'organisation de la vie personnelle qui est un droit fondamental. La question du juge est donc de savoir si le motif de l'aménagement est suffisamment important pour justifier que l'on porte atteinte à la vie personnelle.

Le débat a également abordé la question du contrôle de la mise en œuvre des contreparties et des sanctions éventuelles qui y seraient associées. Un tel contrôle apparaît aujourd'hui quasi inexistant, en France comme en Allemagne.

En conclusion, Jacques Barthélémy souligne qu'on ne peut pas avoir l'ambition de créer un droit du travail plus large, plus efficace, consistant à « concilier protection des travailleurs et efficacité économique », sans avoir un taux de syndicalisation élevé.

Prochaine séance : vendredi 11 janvier 2013

Thème : La pertinence des indicateurs internationaux de protection de l'emploi

Pour toute information complémentaire, rendez-vous sur le site Internet de la DG Trésor :

<http://www.tresor.economie.gouv.fr/Seminaire-Politiques-de-emploi>

ou envoyer un mail à [Seminaire.Emploi@dgtresor.gouv.fr](mailto:Seminaire.Emploi@dgtresor.gouv.fr)