

Copernic Flash

Juin 2005



Fondation Copernic

*Pour remettre à l'endroit tout ce que le libéralisme fait
fonctionner à l'envers*

Le nouveau contrat que tente d'imposer le gouvernement permettrait de licencier sans motif et sans indemnité à tout moment pendant 24 mois dans les petites entreprises

UNE REMISE EN CAUSE MAJEURE DU DROIT DU TRAVAIL

Laurent Garrouste, juriste en droit du travail, membre du bureau de la Fondation Copernic

Patrick Le Moal, juriste en droit du travail.

Afin de décourager toute revendication et poursuivre son offensive libérale, le gouvernement veut faire au droit du travail ce que Raffarin a fait avec la sécurité sociale et les retraites. Ils savent depuis 2002 qu'ils sont minoritaires dans le pays, leurs 80% de députés ne représentent que 25% du corps électoral. Devant le risque de débâcle post-référendaire, le nouveau gouvernement orchestre une offensive par le biais d'ordonnances, sans courir le risque d'une discussion publique, qui pourrait profiter à la mobilisation sociale.

Lors du referendum du 29 mai 2005, 55% des électeurs ont dit non au traité constitutionnel européen. Parmi eux, une écrasante majorité d'ouvriers et d'employés, mais aussi près de 60% de jeunes de moins de 25 ans. Un sondage publié par *La Tribune* indiquait que 66% des électeurs disposant d'un revenu de moins de 1000 euros avaient voté non, 71% des électeurs travailleurs intérimaires, 69% des électeurs en CDD, mais aussi 58% des électeurs en CDI. Tout indique que ce non est un non à l'insécurité sociale généralisée, à la société libérale, un non porté par une grosse majorité du salariat y compris ses couches les plus précarisées et fragilisées, dont une partie s'était réfugiée dans l'abstention depuis plusieurs années.

A ce non social sans ambiguïté, le Premier ministre vient d'apporter une brutale fin de non recevoir. Pire, le "plan d'urgence" promis pour le 1^{er} septembre place en son cœur un "contrat de nouvel embauche" qui représente une remise en cause majeure des droits de millions de salariés employés dans les entreprises de moins de dix salariés, ceux qui connaissent déjà les conditions de travail les plus dures, qui sont les plus fragilisés, et pour lesquels les droits existants sont bien souvent fictifs. Ceux qui aujourd'hui encore sont dénués de toute représentation directe du personnel, puisqu'il ne peut y avoir élection de délégués du personnel que dans les entreprises de onze salariés au moins (article L 421-1 du code du travail).

Qu'est-ce que ce nouveau contrat ?

" dans le respect du code du travail, je propose la mise en place, déclare le Premier ministre, à compter du 1^{er} septembre, d'un nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée, le contrat nouvelle embauche. Mieux adapté aux contraintes des très petites entreprises auxquelles il pourra être proposé, il conciliera plus de souplesse pour l'employeur et de nouvelles sécurités pour le salarié.

Plus de souplesse pour l'employeur, puisque ce contrat prévoiera une période d'essai plus longue, d'une durée de deux ans, adaptée au rythme de développement des très petites entreprises. La durée du préavis sera fonction de l'ancienneté dans l'entreprise : elle correspondra donc aux efforts fournis. Les entreprises concernées disposeront ainsi de nouvelles facilités d'embauche, qui devraient leur permettre de s'engager avec confiance dans la voie de nouveaux recrutements.

De nouvelles sécurités pour le salarié aussi. La mise en place du "contrat nouvelle embauche" lui donnera trois garanties: un complément d'allocations chômage auquel l'Etat apportera toute sa part, un accompagnement personnalisé et la mobilisation de moyens nouveaux de reclassement en cas de rupture du contrat."(1)

Le développement de ces contrats serait par ailleurs facilité par la création d'un chèque-emploi généralisé aux très petites entreprises, qui remplacerait à la fois le contrat de travail et le bulletin de paie, supprimant ainsi toute une série d'obligations d'information de l'employeur qui constituaient autant de garanties pour les salariés.

Ce type d'annonce était préparé depuis longtemps par une succession de rapports, notamment les rapports Camdessus et Cahuc Kramarz. Elle fait directement écho à plusieurs propositions du MEDEF. La mise en œuvre de ces propositions représenterait une victoire très importante du patronat.

On peut remarquer qu'elles n'ont pas repris à cette occasion leur exigence d'une négociation préalable à toute loi sociale. En fait elles le demandent uniquement lorsque la loi est susceptible d'intégrer des avancées pour les salariés : leur objectif réel est donc d'utiliser cette négociation pour empêcher toute avancée sociale sans leur accord.

Pour comprendre le danger représenté par cette proposition, il faut revenir sur ce qu'est la période d'essai.

Qu'est ce qu'une période d'essai ?

Le Code du travail parle peu de la période d'essai. L'article L 122-4 se contente d'indiquer que les règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne s'appliquent pas à la période d'essai. Une rupture du contrat pendant la période d'essai ne sera pas considérée comme un licenciement avec toutes les garanties procédurales que cela comporte: pas d'entretien préalable par exemple, pas de préavis obligatoire non plus même si certaines conventions collectives peuvent l'instituer dans une branche. Par ailleurs le Code du travail définit des durées maximales de période d'essai en ce qui concerne les contrats particuliers : contrat à durée déterminée, contrat de mission d'intérimaire, contrat d'apprentissage.

L'essentiel des règles régissant la période d'essai a donc été formulée par la jurisprudence qui indique bien que la rupture du contrat durant la période d'essai ne constitue pas un licenciement, elle n'a donc pas à être motivée. Une requalification en licenciement est possible seulement en cas de rupture abusive ou discriminatoire, ce qu'il appartient au salarié de démontrer, et ce qui est éminemment difficile dans la plupart des cas. La période d'essai est donc une période où le salarié est dans une position de précarité extrême, à la merci de l'arbitraire patronal, puisque l'employeur n'a pas à s'expliquer sur les causes motivant sa rupture : la jurisprudence considère que la décision de l'employeur a un caractère discrétionnaire, qu'elle n'a donc pas à être justifiée par une cause réelle et sérieuse (2). Cependant elle ouvre droit aux allocations chômage.

UNE REMISE EN CAUSE MAJEURE DU DROIT DU TRAVAIL

Du fait de l'objet même de la période d'essai (s'assurer qu'un salarié convient à un poste), la jurisprudence a considéré que la période d'essai devait avoir une "durée raisonnable". La Cour de cassation estime ainsi que la durée de la période d'essai ne doit pas être pour le salarié hors de proportion avec le temps nécessaire pour éprouver un employé de sa catégorie. Elle a ainsi pu juger qu'un délai de six mois était hors de proportion avec le temps nécessaire pour tester une sténodactylographe (3). Cette période d'essai est donc d'une durée relativement courte, quelques mois pour les cadres au maximum. Le temps où le salarié est placé dans une situation de précarité complète est donc aujourd'hui limité (4).

Cette période est dans les faits une période de mise entre parenthèses des droits que le salarié détient. Il a par exemple le droit de grève, mais il ne lui est guère conseillé de l'utiliser. Certes un employeur qui indiquerait avoir rompu la période d'essai pour fait de grève s'exposerait à voir ordonner la réintégration du salarié pour nullité. Mais cet employeur imprudent est bien improbable et bien mal informé: il lui suffit en effet de rompre la période d'essai sans aucune motivation. Même si le motif réel de rupture est l'exercice par le salarié de son droit de grève, il risque d'être bien en peine de le démontrer.

Il faut aussi indiquer que la protection du salarié pendant la période d'essai n'a rien à voir avec celle dont bénéficie le salarié en contrat à durée déterminée. La rupture d'un CDD pendant le temps du contrat est plus difficile que celle d'un CDI. L'article L 122-3-8 du code du travail indique en effet que "sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure." En outre, la fin du CDD ouvre droit dans la plupart des cas à une indemnité de fin de contrat, alors que la rupture de la période d'essai ne donne droit à aucune indemnité. Une période d'essai de 24 mois, ce serait donc un CDD dont le terme pourrait arriver chaque jour sans motif à fournir. Un rêve d'employeur.

Pourquoi s'opposer au contrat "nouvel embauche" et à sa fausse "période d'essai" ?

⇒ Une période d'essai qui n'en est pas une

En étendant sa durée à deux ans, le gouvernement ne peut baptiser cette période, période d'essai, que par un dévoiement. En effet, le temps nécessaire pour "tester" le salarié sera écoulé depuis bien longtemps. Le seul intérêt de choisir ce terme, c'est de garder le régime juridique de la rupture qui va avec, permettant ainsi de rompre le contrat à tout moment sans motif.

⇒ La super période d'essai de 24 mois prive les salariés de l'exercice de leur droits.

Quel salarié prendra le risque de critiquer son employeur sachant qu'il peut être viré du jour au lendemain sans motif et sans indemnité. Quel salarié osera faire grève ? Quel salarié osera refuser d'effectuer des heures supplémentaires non payées ? Quel salarié osera refuser des conditions de travail dangereuses ? Quel salarié n'hésitera pas à se faire arrêter en maladie ? Lequel osera demander une augmentation de salaire ? Un congé sans solde ? Etc... Et ceci pendant deux ans...

⇒ La super période d'essai est une remise en cause de nombreuses garanties contre l'arbitraire patronal.

Elle supprime le droit au respect des règles relatives au licenciement pendant deux ans : l'employeur n'a pas à entendre le salarié au cours d'un entretien préalable, n'a rien à payer et n'a pas à se justifier. Pour en finir avec les droits de la défense, on supprime le procès !

⇒ Le salarié serait bien moins protégé qu'en CDD

Cette période d'essai va bien plus loin qu'un CDD de 24 mois : alors que le CDD ne peut être rompu que pour faute grave, la rupture pourrait au contraire ici intervenir sans motif, sans indemnité, à tout moment et sans procédure.

⇒ Elle va démultiplier la précarité et accroître la violence des rapports de travail

Tous les nouveaux embauchés dans les entreprises de moins de onze salariés seront cantonnés à un sous statut très régressif : privés de l'exercice effectif de la plupart de leurs droits sociaux, ils seront soumis à la surexploitation. A chaque fois que reculent les garanties juridiques se développeront les abus et comportements arbitraires déjà très répandus, comme en témoignent les nombreuses affaires de harcèlement.

Croire que, sous prétexte de proximité avec leurs salariés, les employeurs n'utiliseront pas à plein les bénéfices de ce nouveau régime serait faire preuve au mieux d'une grande naïveté. Déjà aujourd'hui les relations sociales ne sont pas moins tendues ou violentes dans les petites entreprises que dans les grandes. Jamais, depuis des décennies, des salariés ne seraient aussi vulnérables et démunis dans ce pays. Une véritable norme de précarité et de vulnérabilité se mettrait en place. Premiers visés : les jeunes, que l'on entend manifestement "formater" à un nouveau rapport salarial extrêmement inégalitaire.

Et cette précarité a des effets tout aussi néfastes pour les salariés en dehors de l'entreprise. Par exemple quelles garanties un salarié embauché avec un tel contrat pourra présenter lorsqu'il cherchera un logement, lorsqu'il voudra avoir un emprunt pour un achat important ? On saura lui rappeler qu'il n'a aucune stabilité d'emploi.

⇒ Elle menace de nombreuses conventions collectives

Dans combien de branches le patronat sera-t-il tenté de dénoncer la convention collective qui prévoit des périodes d'essai très limitées ? Si une convention plus protectrice est dénoncée, le patronat ne sera guère pressé de négocier, la nouvelle réglementation s'appliquant à défaut de dispositions conventionnelles plus favorables. En tout cas il aura en mains des atouts maîtres pour mener le jeu dans bon nombre de branches.

⇒ Elle multiplie les effets d'aubaine et les tentations de contournement:

Combien d'employeurs au bout de deux ans seront-ils tentés de mettre fin à la période d'essai pour reprendre d'autres salariés corvéables à merci pendant deux ans plutôt que de laisser continuer les premiers en CDI ?

Combien d'employeurs encore moins scrupuleux seront-ils tentés de licencier des salariés anciens stables en CDI pour les remplacer par des nouveaux jeunes en période d'essai permanente ?

Comment ne pas voir combien ce volant de main d'œuvre vulnérable sera utilisé pour faire pression sur les salariés des mêmes entreprises au statut plus stable ?

N'oublions pas que le nombre d'emplois du régime UNEDIC est actuellement autour de 15 millions, dont 20% au moins seraient donc directement exposés à cette précarisation accrue.

UNE REMISE EN CAUSE MAJEURE DU DROIT DU TRAVAIL

⇒ Il ne s'agit que d'un début

Si la mesure passe, le patronat cherchera à la généraliser. Ne nous y trompons pas : les différents projets de modification du droit du licenciement contenus dans les rapports cités plus haut ont comme constante de vouloir rendre possible le licenciement presque automatique et sans motif visent toutes les entreprises.

⇒ Les prétendues "compensations" pour les salariés sont vagues et dérisoires

A peine ébauchées, les contreparties à cette formidable régression ressassent des recettes qui ont toutes échoué. Des moyens nouveaux pour le reclassement ? Un suivi personnalisé ? Croire qu'au moment où on facilite le licenciement express sans motif, on va pouvoir faciliter le reclassement, relève du mirage.

⇒ Il ne créera pas d'emplois

Combien d'employeurs embaucheront un salarié uniquement parce qu'ils auront le droit de le licencier sans difficulté ? Qui peut croire qu'un employeur créera un emploi dont il n'a pas besoin uniquement parce que le « contrat nouvelle embauche » lui donne tous les droits ?

Pourquoi s'opposer aux exonérations des charges patronales ?

Les cotisations patronales seront supprimées au niveau du SMIC en 2007, et des mesures visant à *« inciter les chefs d'entreprise à surmonter le seuil de 10 salariés »* allègeront les obligations financières pour les entreprises de 10 à 20 salariés.

Ces mesures s'ajoutent à toutes les exonérations existantes. Les sommes en jeu sont considérables, en 2004 ces exonérations se montent à 21,5 milliards d'euros.

Ces exonérations de charges patronales ont des effets qui vont au-delà du gain immédiat pour l'employeur. D'une part elles participent au déficit des comptes sociaux, car l'Etat ne les compense pas intégralement. D'autre part elles tirent vers le bas l'ensemble des salaires car les entreprises qui bénéficient de ces exonérations sont en concurrence avec celles qui n'en n'ont pas. Sans compter que le bénéfice des allègements étant lié au bas niveau de salaire, ce dispositif colle au plancher les salaires les plus bas, comme un récent rapport vient de le souligner, puisque toute augmentation risque de faire perdre le bénéfice de l'allègement...

Le contrat "nouvelle embauche" et les exonérations de cotisations patronales prennent place au côté de nombreuses autres mesures critiquables, parmi lesquelles la privatisation d'entreprises publiques.

Le contrat "nouvelle embauche" représenterait un saut de grande ampleur vers une flexibilité totale du marché du travail en France, depuis longtemps réclamée à corps et à cri par les libéraux de tous bords, l'OCDE ou encore le FMI. Cette mesure représenterait une régression sociale et démocratique inédite : permettre pendant une durée de deux ans que des salariés soient privés de la possibilité de l'exercice de la plupart de leurs droits sociaux dans l'entreprise. Elle correspond à la demande des ultra libéraux de supprimer, dans le secteur privé, les garanties liées au régime juridique du licenciement. Elle serait le prélude à une remise en cause de plus vaste ampleur encore qui ne tarderait pas à déferler sur l'ensemble du salariat.

Notes :

- (1) Extraits de la Déclaration de politique générale du Premier ministre prononcée le 8 juin, disponible en ligne sur le site du Premier ministre.
- (2) Voir arrêts de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 22 octobre 1981, et du 13 novembre 1985.
- (3) Voir arrêts de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation des 7 janvier 1992 et 21 décembre 1977 par exemple.
- (4) Les partisans de ce nouveau contrat n'hésiterons pas à rappeler que le salarié peut lui aussi peut rompre le contrat à tout moment durant la période d'essai. Mais quelle est la valeur de cette liberté du salarié lorsque le taux de chômage atteint les sommets actuels ?

