

Redonner force au contrat de travail

Avec la crise sanitaire, la résilience et l'agilité se sont révélées des qualités indispensables à la survie des entreprises ainsi qu'à la sauvegarde de notre économie et de nos équilibres nationaux. Elles peuvent se traduire par un renforcement du pouvoir de direction de l'employeur ou, à l'inverse, un désengagement de son contrôle sur ses salariés. Une mise en perspective à court ou moyen terme amène à des choix qui peuvent sembler cornéliens.

L'évolution de la crise sanitaire, en France comme dans le monde, et les modalités de la reprise de notre économie après les confinements complets ou partiels restent, à ce jour, imprévisibles et chaotiques. Les enjeux financiers, sociaux, industriels, politiques et sociétaux en sont inédits et nos dirigeants sont nombreux à chercher les réponses les plus pertinentes. Une constante émerge cependant, l'incertitude, qui pose une exigence de résilience et de réactivité. L'ancien conseiller social d'Édouard Philippe a livré son point de vue dans une interview publiée mi-septembre dans la revue Challenges. Il y insiste sur la nécessité d'assouplir le marché du travail pour faciliter la régulation par les entreprises de leurs frais de personnel. Il est question, une nouvelle fois, de simplification du droit social, comme le sollicitent régulièrement les organisations patronales, notamment pour faciliter les licenciements (et autres ruptures de contrat de travail) ainsi que le recours aux contrats précaires. Se pose, dès lors, la question du coût de cette politique. Dans un article publié dans *Le Monde* (30 septembre 2020), à l'occasion de la reprise des discussions sur la réforme de l'assurance chômage, le journaliste Bertrand Bissuel observe que l'Institut des politiques publiques a publié deux notes rédigées par François Fontaine, professeur à la Paris School of Economics, et Basile Vidalenc, doctorant. Il en ressort que le régime d'indemnisation des demandeurs d'emploi consacre une part croissante de ses ressources à la couverture des personnes alternant contrats courts et périodes d'inactivité. Les économistes relèvent que ces salariés précaires bénéficient d'allocations chômage disproportionnées au regard des cotisations versées pendant leur temps d'activité. Dans une pure logique d'équilibre économique, ils concluent à la nécessité de réformer un régime qui permet de cumuler salaire et allocations. Mais ils estiment qu'il faudra aussi prendre de nouvelles mesures pour modifier les pratiques des employeurs, en ciblant, notamment, les



entreprises qui se séparent fréquemment de leurs salariés, multiplient les contrats courts et réembauchent souvent les mêmes personnes, politique dont le coût pour la collectivité est bien supérieur aux cotisations versées. Ces observations amènent les économistes à préconiser une généralisation du système de bonus-malus présenté en 2019 par le gouvernement et applicable à partir de mars 2021, mais limité aux entreprises d'au moins onze salariés de quelques secteurs d'activité seulement. Au final, il s'agit de contraindre salariés et employeurs par des sanctions financières.

Pour contourner ou atténuer cette difficulté, le conseiller social d'Édouard Philippe propose une réforme de la réglementation concernant le prêt de salariés. Cette pratique était apparue comme une solution pertinente aux partenaires sociaux pour limiter les conséquences sur l'emploi de la crise de 2004. Un accord interprofessionnel en avait découlé et la loi Cherpion avait fait disparaître, en 2011, quelques scories d'insécurité juridique créées par une suspicion excessive de la jurisprudence qui gênait, à juste titre, les employeurs¹.

Ce dispositif est resté toutefois peu utilisé, alors qu'il est, d'évidence, de l'intérêt de tous.

Il repose sur la signature d'une convention entre les entreprises concernées et d'un avenant au contrat de travail du salarié. L'employeur facture le coût du salarié à l'entreprise utilisatrice et améliore ainsi trésorerie et marge ; l'entreprise d'accueil n'est pas soumise aux exigences de motivation, et aux contraintes de limitation de durée et du nombre de renouvellements attachées au CDD ou à l'intérim. L'intérêt pour toutes les parties prenantes et pour la santé de notre économie est manifeste. Le salarié conserve emploi, niveau de rémunération et avantages sociaux. L'entreprise gère au plus près sa masse salariale et n'a pas à payer indemnités de licenciement puis frais de recrutement et de formation lors de la reprise. Elle peut ajuster ses effectifs au rythme des secousses de l'économie. Les finances publiques sont préservées par une réduction du volume de chômage partiel et frictionnel. Enfin, sont évités licenciements économiques, ruptures conventionnelles et plans de départs volontaires, pouvant déclencher un effet domino catastrophique au niveau national, qui réduirait la capacité d'emprunt des ménages et l'achat de biens d'équipement et immobiliers.

Malgré la création de nombreuses plateformes numériques de mise en relation et une réelle demande de postes à pourvoir, le prêt de main-d'œuvre reste toujours aussi peu utilisé. Le gouvernement a pourtant créé une réglementation spécifique à la crise sanitaire qui simplifie sensiblement le formalisme de la mise en œuvre et ouvre la possibilité, dans certains secteurs professionnels, de ne facturer qu'une partie du coût du salarié. Toutes ces facilités n'ayant, cependant, pas été considérées comme suffisamment incitatives, le conseiller social de l'ex-Premier ministre préconise par conséquent de franchir une nouvelle étape.

Il propose de supprimer le verrou de l'accord du salarié en rendant obligatoire le détachement dans une autre entreprise, dès lors qu'il est organisé dans les conditions fixées par un accord d'entreprise. Le salut serait dans la contrainte. Cette proposition s'inscrit dans la lignée des réformes qui ont conduit à la création des accords de performance collective qui peuvent imposer au salarié une modification de son temps de travail et/ou de sa rémunération. Séduisante à court terme, cette orientation peut s'avérer néfaste pour les entreprises à moyen terme.

Une expérimentation, menée en 1994, relatée par Robert-Vincent Joule dans *À quoi sert aujourd'hui la psychologie sociale*², appuie notre propos.

Elle visait à mesurer le degré d'implication des chômeurs de longue durée suivant une formation destinée à favoriser leur insertion professionnelle. Lors de la présentation du programme, un formateur présentait les objectifs et contenus du stage et précisait les modalités de contrôle de présence aux participants qui avaient été aléatoirement répartis en deux groupes. Dans le groupe témoin, la présence des stagiaires serait contrôlée quotidiennement et toute absence non justifiée serait sanctionnée financièrement par une retenue sur salaire. Le formateur exposait au groupe expérimental que toute absence non justifiée devrait théoriquement entraîner des sanctions financières, mais précisait qu'*étant* personnellement opposé à cette façon de procéder, il ne ferait pas l'appel et noterait tout le monde présent. Les membres des deux groupes s'engageaient à rechercher activement un emploi à l'issue de la formation dont ils devaient aussi évaluer, à l'aide d'un questionnaire, l'intérêt et la satisfaction.

Les résultats font apparaître que le contrôle n'a aucune influence sur le taux d'absentéisme qui a été de 15 % dans les deux groupes ; la menace d'une sanction financière est donc sans effet, même sur des personnes à faibles revenus. Il est à noter toutefois que les membres du groupe expérimental, bien qu'assurés d'être toujours portés présents, prévenaient le formateur plus régulièrement de leurs absences, marquant ainsi plus de considération envers l'autorité que celles qui étaient contraintes. En ce qui concerne l'intérêt et la satisfaction de la formation, les deux groupes annonçaient des taux très médiocres, respectivement 10,87 % et 11,25 % pour le groupe expérimental et 9,25 % et 9,75 % pour le groupe témoin. En revanche, le groupe expérimental enregistrait un taux de placement de 56 % à l'issue de la formation (69 % trois mois plus tard), contre 26 % (et 35 %) pour le groupe témoin.

Il en ressort que la simple activation du sentiment de liberté induit une plus forte responsabilité personnelle et de meilleurs résultats au regard de la finalité poursuivie. À l'inverse, la contrainte apparaît comme un frein. L'entreprise qui choisit le contrôle et la sanction affaiblit ses ressources pour un taux de réussite inférieur. Elle est alors tentée de renforcer contrôle et contrainte

et s'engage alors dans un cercle vicieux. D'autres expérimentations ont été menées pour mesurer l'efficacité des stratégies de contrainte. Les trésors d'ingéniosité déployés par les salariés pour les contourner auraient été plus utiles à l'entreprise s'ils avaient été utilisés pour atteindre l'objectif. De nombreuses directions persistent toutefois dans cette voie, à cause d'un sentiment d'urgence et de l'activisme d'une minorité de salariés dont elles craignent que le comportement influence toute la communauté de travail. Il y a là un délicat équilibre à trouver entre, d'une part, la liberté et la considération individuelle indispensables à l'engagement des salariés et d'autre part, l'interdiction des comportements qui nuisent au bon fonctionnement de l'entreprise. Mais les enjeux en sont cruciaux. Il en va de la santé de notre économie et de notre capacité à relever les défis posés par la crise sanitaire.

Une entreprise dont l'efficacité est fondée sur la contrainte ne peut fonctionner qu'avec des employés chargés d'exécuter des tâches simples,

réalisables par des machines ou des algorithmes. La majorité de ces métiers à faible valeur ajoutée a déjà été délocalisée en Asie ou dans les pays du Maghreb. Notre économie repose donc, pour l'essentiel, sur des métiers nécessitant de plus en plus d'implication, d'initiative et de technicité des salariés. Son efficacité et, par conséquent, notre bien-être collectif dépendent des millions de microdécisions quotidiennes des salariés. L'expérience de Joule souligne que l'alignement de ces microdécisions avec la finalité poursuivie par l'entreprise est fortement tributaire du sentiment de liberté et de la responsabilité personnelle qui en résultent. Les sollicitations régulières des organisations patronales et l'évolution de notre réglementation apparaissent ainsi cohérentes (mais pas nécessaires) avec les besoins des postes les moins qualifiés et incohérentes avec les besoins des postes qualifiés qui sont notre avenir.

Les salariés ont signé leur contrat de travail au regard d'un emploi, d'une rémunération, d'un statut collectif, de l'image qu'ils se sont fait de l'employeur au cours des entretiens de recrutement, de la vie dans l'entreprise, et des possibilités d'y évoluer. Leur choix a été, certes, plus ou moins contraint par leurs besoins alimentaires et la situation du marché de l'emploi, mais ils ont, a minima, décidé d'accepter cet emploi tel qu'il leur était présenté. Les plus qualifiés ont eu réellement le choix entre plusieurs possibilités.

Les salariés se sont engagés et, comme dans tout contrat synallagmatique, leur cocontractant, l'employeur, s'est engagé également a minima s'agissant de garantir une qualification, une rémunération et les avantages sociaux mis en avant pour faire la promotion du poste. Du moins les salariés sont-ils légitimes à croire à cet engagement dans le cadre de relations contractuelles loyales.

Pour autant, depuis plusieurs années, cet engagement n'existait plus depuis plusieurs années, mais les salariés n'en avaient pas conscience. L'éclairage particulier donné par la gestion de la crise économique consécutive à la crise sanitaire révèle actuellement au plus grand nombre que leurs engagements perdurent, mais que l'employeur peut se délier des siens. Bien qu'il ne soit pas un élément contractuel, le statut collectif fait partie des éléments pris en compte par des salariés convaincus de longue date qu'il ne pouvait être remis en cause.

Cette protection, qui était assurée par la négociation collective et le principe de faveur, n'existe plus : en effet, au terme d'une évolution législative initiée en 1982, les entreprises peuvent aujourd'hui s'affranchir de l'essentiel des dispositions prévues aux conventions collectives. Le premier changement réellement important dans ce domaine date de la loi du 4 août 2004 qui permettait, sous certaines conditions encore limitées, à l'accord de rang inférieur de déroger à un accord de rang supérieur. Dans le prolongement, les articles 2253-1 et 2253-3 du code du travail posent pour principe qu'un accord d'entreprise peut déroger à des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels dans un sens moins favorable au salarié. La loi 2008-789 du 20 août 2008 est venue préciser que l'accord d'entreprise était prioritaire sur l'accord de branche, pour la plupart des dispositions relatives à l'aménagement plurihebdomadaire du temps de travail et aux heures supplémentaires.

Les ordonnances de septembre 2017 complètent ce dispositif. À l'exception de très rares sujets réservés aux accords de branche, il est possible, par accord d'entreprise, de définir l'essentiel du statut collectif des salariés, dans un sens moins favorable que les normes supérieures. Enfin, s'agissant des quelques sujets réservés à l'accord de branche, l'article L 2253-1 du code du travail précise qu'il peut y être dérogé par accord d'entreprise sous réserve qu'il apporte des garanties au moins équivalentes à l'ensemble des garanties se rapportant au même objet. Il y a là une porte largement ouverte à des adaptations dans l'entreprise avec une grande difficulté de comparaison du niveau de garanties.

Au-delà du statut collectif, les salariés voient aussi disparaître la protection liée aux engagements contractuels eux-mêmes. En application de l'article L 2254-2 du code du travail³, un accord de performance collective peut être signé « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer

L'évolution initiée en 1982 permet aux entreprises de s'affranchir de l'essentiel des dispositions des conventions collectives

l'emploi » ; nul besoin de difficultés économiques ou financières. Cet accord peut aménager la durée du travail et ses modalités d'organisation et de répartition, et aménager la rémunération au sens de l'article L 3221-3 dans la seule limite des salaires minima hiérarchiques. Les dispositions de ces accords s'imposent aux contrats de travail. Il n'est prévu ni garantie de rémunération, excepté le minima conventionnel, ni encadrement de leur baisse éventuelle. Il n'est pas, non plus, prévu de maintien de la qualification professionnelle ni de limites imposées à la mobilité géographique. Le salarié qui refuse fait l'objet d'un licenciement pour motif personnel. Il est par conséquent possible de réduire le temps de travail et les rémunérations, augmenter le temps de travail sans augmenter les rémunérations, réduire les rémunérations sans modifier le temps de travail, modifier l'aménagement du temps de travail en modifiant ou non les rémunérations.

La proposition qui consiste à imposer au salarié un détachement dans une autre entreprise remet en cause le dernier engagement de l'employeur : l'employeur lui-même. Au terme de cette construction, l'employeur peut se délier des engagements qu'il a pris en termes de qualification, rémunération, temps de travail, lieu de travail, et contraindre le salarié à changer d'entreprise. Pour être précis, du point de vue juridique, l'employeur n'est pas modifié, mais dans les faits le salarié est placé dans une autre entreprise. Certes, ces contraintes doivent résulter d'une négociation collective. Il n'en demeure pas moins que tous les éléments de son engagement initial échappent au salarié. Il est infantilisé, d'autres décident pour lui. Il devient incapable juridique. Il n'est donc pas responsable.

Dans le prolongement de l'expérimentation de Joule, les employeurs ne peuvent pas raisonnablement attendre de leurs salariés qu'ils aient un engagement sincère de tous les instants pour la performance de l'entreprise alors qu'ils sont, de fait, soumis à des injonctions paradoxales. Leur énergie est détournée de la finalité poursuivie par l'organisation.

En 2019, la loi Pacte propose une autre voie.

Elle modifie l'article 1835 du code civil et ouvre la possibilité d'inscrire dans les statuts d'une société sa « raison d'être », définie par Martin Richer, responsable du pôle Entreprise Travail & Emploi de Terra Nova, comme « le sens profond des activités d'une entreprise, la finalité du projet qu'elle développe, qui associe ses parties prenantes vers des objectifs librement consentis et exprime ses apports vis-à-vis d'elles ». Il n'existe pas de définition juridique de la partie prenante, expression qui vient de l'anglais « stakeholder ». Une approche courante est de considérer que la partie prenante est un acteur, individuel ou collectif, groupe ou organisation, activement ou passivement concerné par une décision ou un projet (c'est-à-dire, dont les intérêts peuvent être

Imposer au salarié un détachement remet en cause le dernier engagement de l'employeur : l'employeur lui-même

affectés positivement ou négativement à la suite de son exécution ou de sa non-exécution). L'identification des parties prenantes et le dialogue avec celles-ci font l'objet de la cinquième partie de la norme ISO 26000. Les salariés sont parties prenantes à l'entreprise.

Dans ce domaine, nous pouvons nous inspirer du Canada dont la pratique est plus avancée que la nôtre.

Dans leur rapport, *Gouvernance et parties prenantes : l'obligation du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société*⁴, Yvan Allaire, président du conseil de l'IGOPP et le professeur Stéphane Rousseau, de la faculté de droit de l'Université de Montréal, après avoir rappelé qu'aucune société commerciale ne peut survivre sans afficher des résultats économiques favorables relèvent que « pour réussir en longue durée, l'entreprise doit faire appel au talent, à l'expérience et l'engagement de tout son personnel (...) et se montrer digne de la confiance de toutes les parties prenantes nécessaires à son succès ». Ils observent que cette vision était quasiment une évidence dans les années 1950 à 1980, époque durant laquelle la vision des actionnaires était majoritairement patrimoniale, et les marchés financiers exerçaient une influence toute relative sur les décisions engageant l'avenir de l'entreprise. Les conseils d'administration, autrefois familiaux, sont maintenant peuplés de membres externes et indépendants, et les dirigeants recrutés pour leur expertise sont rémunérés en grande partie par des options d'achat d'actions de l'entreprise. Il en découle que les marchés boursiers et financiers sont devenus la partie prenante dominante. La dérive a été suffisamment importante pour que, à l'occasion de deux jugements⁵, la Cour suprême du Canada rappelle que le conseil, dans sa démarche de prise de décision, ne doit accorder aucun traitement préférentiel aux intérêts des actionnaires ni à ceux de toute autre partie prenante, mais doit exclusivement agir dans l'intérêt de la société.

Bien que le dispositif soit perfectible, en France de nombreux textes organisent l'information des salariés sur la gestion de leur entreprise et leur présence dans les organes de gouvernance⁶. Reconnaître aux salariés le statut de partie prenante de l'entreprise génère un droit d'information et une possibilité d'influence sur sa gouvernance. Cette reconnaissance crée aussi, consubstantiellement, une réelle responsabilité du salarié dont les décisions doivent prendre en compte l'intérêt de l'entreprise. Cette responsabilité n'est pas

compatible avec le statut d'incapable juridique, organisé par les évolutions réglementaires, qui légitiment les salariés à se décharger sur ceux qui décident de leur sort de leur responsabilité individuelle en ce qui concerne le bon fonctionnement de l'entreprise.

Ces réformes successives ont profondément transformé le rôle des représentants du personnel.

Historiquement, le mouvement syndical est né de la nécessité d'améliorer des conditions de travail effroyables, notamment pour les enfants. Les relations employeur/représentants du personnel étaient théâtralisées autour d'un jeu demande (d'avantages sociaux) / résistance (budgétaire). Les salariés déléguaient pleinement à des représentants qui, en application du principe de faveur, ne s'engageaient dans une négociation que pour améliorer la situation que chacun d'entre eux avait acceptée en signant son contrat de travail.

Aujourd'hui, ces mêmes représentants ont le pouvoir de délier l'employeur de ses engagements contractuels et de modifier l'ensemble des contrats de travail au détriment des salariés. Il leur est demandé de contraindre les salariés, contribuant ainsi à leur déresponsabilisation et à leur infantilisation. L'urgence des réactions nécessaires à la survie des entreprises est avancée pour justifier cette orientation.

Notre expérience nous conduit à penser que c'est une vision erronée de la réalité. Bien avant les prémices de ce qui deviendra les accords de performance collective, nous avons accompagné des entreprises en grande difficulté. L'un des éléments du dispositif que nous proposons aux salariés pour sauver leur entreprise était une modification temporaire de leur contrat de travail, par exemple de leur rémunération et/ou leur temps de travail et/ou leur qualification. La plupart des refus étaient dus à des situations extrêmes pour lesquelles des solutions ont généralement pu être élaborées. Ces propositions étaient faites dans un cadre négocié avec les représentants du personnel qui comprenait une clause de retour à meilleure fortune.

La voie est étroite, mais la solution pourrait consister à redonner au contrat de travail toute sa force. Il s'agit de recentrer la négociation collective vers la définition des dispositions que les représentants du personnel, après concertation avec les salariés, considèrent justifiées et légitimes en fonction de la situation de l'entreprise et des garanties qu'ils ont pu obtenir. Ensuite, chaque salarié, partie prenante de l'entreprise et informé à ce titre, décide

ou non d'adhérer au dispositif qui vise à sauvegarder l'entreprise ou consolider son développement. Chaque acteur retrouve ainsi son réel niveau de responsabilité et la relation contractuelle conserve sa valeur.

Une condition nécessaire, mais pas indispensable, renforcerait utilement le dispositif : le législateur et nos magistrats doivent accepter de s'engager dans la sanction du refus abusif du salarié d'une proposition de modification de son contrat de travail. Cette capacité claire de sanctionner un refus abusif protégerait la communauté de travail, informée, sereine, engagée au quotidien dans la défense du bien commun.

Karine Barthélémy et Jacques Uso ■

POUR EN SAVOIR PLUS

1. C. trav., art. L. 8241-2.§

2. Joule, R.V. *Trois applications de la théorie de l'engagement.*, in G. Guingouin & F. Le Poutier (Eds), *À quoi sert aujourd'hui la psychologie sociale ? Demandes actuelles et nouvelles réponses*, pages 11 à 22, Presses universitaires de Rennes, 1994.

3. Cet article est issu de la loi du 5 septembre 2018. L'évolution dans ce domaine a commencé bien avant. Ainsi la loi du 14 juin 2014 avait ouvert la possibilité par accord d'entreprise de réduire, pour une durée de trois années, la rémunération prévue aux contrats de travail. Au préalable, la loi du 22 mars 2012 précisait que la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine, et au plus égale à l'année, prévue par un accord collectif, ne constitue pas une modification du contrat de travail.

4. IGOPP, octobre 2014. Créé au Canada en 2005 par deux établissements universitaires (HEC Montréal et l'Université Concordia-École de gestion John-Molson) ainsi que par l'Autorité des marchés financiers et la Fondation Stephen Jarislowsky, l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques (IGOPP) analyse les relations entre la gouvernance de l'entreprise et ses parties prenantes.

5. Magasins à rayons Peoples Inc. c. Wise, 2004 et BCE Inc. c. Détenteurs de débentures, 2009

6. Les principaux textes sont les suivants : code du commerce, articles L. 225-27-1, L. 225-79-2, L. 226-5-1, L. 225-115 ; R. 225-83 ; R. 225-90 ; code du travail, articles L. 2312-8, L. 2312-25, L. 2312-72, L. 2312-73, L. 2312-76, L. 2312-77.

Reconnaître aux salariés le statut de partie prenante de l'entreprise génère la possibilité d'influer sur sa gouvernance